Die Folgen der vom Käufer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt

von

JOSEF RUPPERT

Referendar bei der Staatsanwaltschaft, Cöln.

Köln 1903.

Druck von Heinrich Theissing. 2513.

Die Folgen der vom Käufer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der Doktorwürde

der

Juristenfakultät der Landesuniversität Rostock

vorgelegt

von

JOSEF RUPPERT

Referendar bei der Staatsanwaltschaft, Cöln.

AGAD
BIBL.

Köln 1903.

Druck von Heinrich Theissing. 2513.

Meiner Braut

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549207_0187

Inhalt.

Einleitung. Der Begriff der Unmöglichkeit im Allgemeinen 1

§ 1. Die nachfolgende Unmöglichkeit im Gegensatz zu der anfänglichen 14

§ 2. Die verschiedenen Arten der nachfolgenden Unmöglichkeit 22

I. Allgemeines: Faktische und juristische, absolute und relative Unmöglichkeit 22

II. Objektive und subjektive Unmöglichkeit 23

III. Vorübergehende und dauernde Unmöglichkeit . 30

IV. Völlige und teilweise Unmöglichkeit 35

V. Zufällige und verschuldete Unmöglichkeit . . . 40

§ 3. Die nachfolgende vom Verkäufer nicht zu vertretende Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung 49

§ 4. Die rechtliche Bedeutung derselben 54

A. Die Unmöglichkeit ist vom Käufer zu vertreten 55

B. Die Unmöglichkeit ist auch vom Käufer nicht zu vertreten 57

Einleitung.

Der Begriff der Unmöglichkeit im Allgemeinen.

Die Frage, ob eine Leistung möglich oder unmöglich ist, hat ein rechtliches Interesse dann, wenn die Leistung der Gegenstand einer Obligation ist, wenn also ein Gläubiger berechtigt ist, von einem Schuldner diese Leistung zu verlangen. Das Bürgerliche Gesetzbuch berücksichtigt in seinem Recht der Schuldverhältnisse die Unmöglichkeit der Leistung durch eine ganze Reihe von Vorschriften über die Folgen der Unmöglichkeit; eine Definition der Unmöglichkeit hat es indessen nicht aufgestellt. Und mit Recht; eine gesetzliche Fixierung des Begriffes der Unmöglichkeit wäre überflüssig, weil Unmöglichkeit ein Begriff der Logik ist. Logisch unmöglich nennen wir das, von dem wir nach unseren Anschauungen und unserer Erkenntnis sagen müssen: es wird notwendig nicht eintreten. Demgemäss definirt Hartmann die Unmöglichkeit als „Nichts als negative Notwendigkeit", „die Notwendigkeit des Nichtgeschehens". Eine Leistung ist also an sich nur dann unmöglich, wenn sie überhaupt nicht bewirkt werden kann.

Diese Fassung des Begriffes der unmöglichen Leistung lässt jedoch Zweifel entstehen, ob eine an sich mögliche Leistung, deren Bewirkung aber Anforderungen an den Schuldner stellen würde, die nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses billigerweise nicht an ihn gestellt werden können, als eine logisch unmögliche Leistung anzusehen

ist. Titze (S. 2) verneint diese Frage und konstruiert einen juristischen Begriff der Unmöglichkeit neben dem logischen. Zu den juristisch unmöglichen Leistungen sollen ausser denjenigen Leistungen, deren Bewirkung gänzlich ausgeschlossen ist — den an sich unmöglichen — auch solche gehören, die an sich zwar prästiert werden können, deren Bewirkung aber ein solches Übermass an Opfern erfordert, dass sie dem Schuldner billigerweise nicht zugemutet werden dürfen. Er beruft sich dabei auf die Bestimmung des § 242 B. G. B., wonach der Schuldner verpflichtet ist, die Leistung so zu bewirken, wie Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte es erfordern, und führt aus, dass diese Vorschrift nicht nur die Verpflichtung des Schuldners nach unten begrenze, sondern ihn auch vor Anforderungen, die er billigerweise nicht erfüllen könne, schütze.

Kisch scheint ebenfalls eine derartige Unterscheidung zu machen. Er schreibt S. 12:

„Regelmässig wird eine Leistung, die nur unter „äusserster Kraftanstrengung und unter Aufwendung ganz „unverhältnismässiger Mittel noch bewirkt werden kann, „im Sinne der Rechtsordnung nicht mehr als möglich „zu behandeln sein. Sache der richterlichen Würdigung „ist es dann, im Einzelfalle abzuwägen, inwiefern nach „der Auffassung des Verkehrs und nach dem vernünftigen „Sinne des Vertrages die absolut noch mögliche Leistung „vom Schuldner verlangt werden dürfe".

Auch Enneccerus, Bd. I S. 438 f und 467, scheint eine ähnliche Unterscheidung zu machen.

Eine solche Unterscheidung zwischen logischer und juristischer Unmöglichkeit findet im Gesetzbuche keine Handhabe. Insbesondere kann aus der Bestimmung des § 242 B. G. B., die den Umfang der Verpflichtung des Schuldners regeln soll, kein Argument für den Begriff der unmöglichen Leistung entnommen werden, wenn sie auch für die Beantwortung der Frage, ob eine konkrete Leistung unmöglich ist, von Bedeutung sein wird.

Gegen die Unterscheidung wird von Kleineidam[1]) auch noch geltend gemacht, sie führe bei der Beurteilung der Wirkungen der Unmöglichkeit auf die Leistungspflicht zu Bedenklichkeiten und Schwierigkeiten. Sei der Begriff rein logisch, so sei man auch ohne weiteres berechtigt, die Folgerungen, welche die Logik aus dem Begriffe ziehen lasse, zu ziehen, ohne dass es dazu noch ausdrücklicher Gesetzesvorschriften bedürfe, während dem grosse Bedenken entgegenträten, sobald man bei der Begriffsfassung bereits den Boden der Logik verlasse, der im Gebiete der Jurisprudenz allein in Betracht kommende Begriff also nicht der logische, sondern ein weiterer sein solle.

Die Konstruktion einer besonderen juristischen Unmöglichkeit ist aber nicht nur bedenklich, sondern auch überflüssig. Denn auch diejenigen Leistungen, um derentwillen man diese Unterscheidung aufgestellt hat, fallen unter den Begriff der logisch unmöglichen Leistungen, oder mit anderen Worten: „Logische Unmöglichkeit liegt vor, wenn nicht erfüllbar ist, was im gegebenen Fall mit Rücksicht auf Treu und Glauben und die Verkehrssitte vom Schuldner verlangt werden kann“[2]). Dies wird deutlich, wenn man im Begriffe der Leistung von dem in der Aussenwelt zur Erscheinung kommenden Leistungserfolg das Leisten selbst, d. h. die zur Herbeiführung dieses Erfolgs thätig werdende Energie unterscheidet und erkennt, dass auch das Mass dieser anzuwendenden Energie einer Bestimmung in dem Schuldverhältnisse unterliegt. Es zeigt sich dann, dass die Leistung unmöglich sein kann, obwohl der Leistungserfolg hergestellt werden könnte, nämlich dann, wenn sich dieses Ziel nicht mit der obligationsmässig bestimmten Energie erreichen lässt[3]).

---

[1]) Iher. Jahrb. Bd. 43, S. 113.

[2]) Ebenso Crome, Bd. II, S. 34.

[3]) Ebenso Kleineidam S. 14 und Iher. Jahrb., Bd. 43, S. 111.

Zur Beantwortung der Frage, ob in einem konkreten Falle Unmöglichkeit vorliegt, bedarf es also auch der Feststellung der Energie, die gerade in diesem Falle vom Schuldner gefordert werden kann. Es muss geprüft werden, in welchem Stärkeverhältnis die Interessen der Vertragsparteien zueinander stehen. (Matthiass I Seite 326) oder wie Kleineidam (S. 14) es nennt, das Mass der von der in Frage kommenden Leistungspflicht geforderten Kraftanstrengung. Hier ist einmal von Bedeutung, ob der Schuldner bei Übernahme der Leistungspflicht die entgegenstehenden Hindernisse kannte oder mit der Möglichkeit, dass solche Hindernisse auftreten würden, rechnen musste. War das der Fall, so wird in den allermeisten Fällen gerade die Überwindung der Hindernisse das Ziel der Obligation sein, z. B. kann der zur Pflege eines Typhuskranken gedungene Krankenwärter seine Dienste nicht wegen der Ansteckungsgefahr verweigern. Weiter wird zu berücksichtigen sein, ob der Schuldner eine Gegenleistung erhält und wie diese bemessen ist. Es bedarf keiner weiteren Begründung, dass man von demjenigen, der eine Leistung schenkungshalber versprochen hat, nicht dieselben Anstrengungen verlangen kann, wie von demjenigen, der sich die Leistung teuer bezahlen lässt. Aus vorstehenden Ausführungen ergiebt sich auch, dass die von Dernburg[1]) aufgeworfene und bejahte, von Planck[2]) verneinte Streitfrage, ob bei dem Versprechen einer fremden Sache Unmöglichkeit der Leistung für den Schuldner so lange nicht vorhanden, als es nicht ausgeschlossen ist, dass der Schuldner sich die Sache zu beschaffen vermöge, in dieser Allgemeinheit nicht entschieden werden kann, da die Beantwortung für die einzelnen Fälle verschieden ausfallen muss[3]).

Bei der Bestimmung des zur Bewirkung der Leistung vorgeschriebenen Masses von Energie kommt neben den

---

[1]) Bürgerliches Recht, Band II, S. 128.

[2]) Komm. II, S. 49.

[3]) Ebenso Kleineidam S. 16, Kisch S. 12, Anm. 9.

Vereinbarungen der Parteien besonders auch die Vorschrift des § 242 B. G. B. in Betracht. Hier muss denn auch den Ausführungen Titze's[1]) gefolgt werden, wonach diese Vorschrift, wie sie dem Schuldner die Verpflichtung auferlegt, alles zu thun, was die bona fides des Verkehrs verlangt, so ihn auch wieder vor unbilligen Anforderungen schützt. Eine Leistung wird also dann unmöglich sein, wenn derselben Hindernisse entgegenstehen, deren Überwindung dem Schuldner nicht zugemutet werden kann. Als solche Hindernisse können in Betracht kommen ethische Rücksichten[2]), Gefahr für Leben, Gesundheit, Sittlichkeit des Schuldners, Konflikt mit den Berufspflichten[3]), Rücksichten auf öffentliche Interessen[4]), endlich aber auch Rücksichten auf blosse Vermögensinteressen[5]). Natürlich darf die Interpretation des § 242 B. G. B. nicht dahin führen, jede, wenn auch durch den Schuldner nicht verschuldete, Erschwerung der faktisch möglichen Leistung als Unmöglichkeit zu behandeln. Wenn z. B. die verkaufte, vom Verkäufer aber noch zu beschaffende Ware nach Abschluss des Kaufvertrags erheblich im Preise steigt, so wird die

[1]) S. 3.

[2]) Vergl. Titze S. 3. Es ist für den Mieter eine unmögliche Leistung nach Ablauf der Mietszeit die innegehabte Wohnung zu räumen, wenn ein Mitglied seiner Familie so schwer krank darniederliegt, dass ein Transport nur unter erheblicher Leibes- oder Lebensgefahr erfolgen kann.

[3]) Beispiele bei Kisch, S. 13.

[4]) Vergl. E. R. G. 32, 133. Eine Eisenbahnverwaltung hatte einer Stadt gegenüber bei Anlage einer Eisenbahn die Verpflichtung übernommen, täglich einen oder mehrere der vorüberfahrenden Schnellzüge dort halten zu lassen und hätte diese Verpflichtung später unter veränderten Verhältnissen nur durch schwere Schädigung anderer, höherstehender Verkehrsinteressen erfüllen können.

[5]) Beispiele bei Titze S. 5 f. Der Grundsatz, dass ein unverhältnismässig grosser Vermögensnachteil des Schuldners die Leistung unmöglich macht, hat auch in den Bestimmungen der §§ 251 Abs. 2, 632 Abs. 2 B. G. B. Ausdruck gefunden; vgl. auch Schöller Beitr. 1901 S. 535.

Leistung zwar dem Verkäufer erschwert, aber keineswegs unmöglich.

Unmöglich sein oder werden kann jede Leistung, auch die in einem Unterlassen bestehende. Die Gefahr des Unmöglichwerdens ist um so grösser, je individualisierter die Leistung ist. Es kann darum eine Leistung, die unter anderen Umständen wohl zu prästieren wäre, deshalb unmöglich sein, weil im gegebenen Falle eine besondere Art der Erfüllung wesentlich erscheint und gerade diese Art nicht ausführbar ist. Wenn der Schuldner eine individuell bestimmte Sache zu leisten hat, so wird durch den Untergang der Sache die Leistung immer unmöglich. Dagegen kann bei Gattungsschulden von einer Unmöglichkeit der Leistung erst dann gesprochen werden, wenn die ganze Gattung untergegangen ist.

Es ist jedoch zu bemerken, dass die Verpflichtung des Schuldners auch hier nach Treu und Glauben mit Rücksicht auf die Verkehrssitte zu beurteilen ist. Wenn thatsächlich auch noch einzelne Exemplare der Gattung vorhanden sein sollten, deren Beschaffung aber Hindernisse entgegenstehen, die der Schuldner nach Treu und Glauben nicht überwinden kann, so ist auch hier Unmöglichkeit anzunehmen.

Die Hindernisse, welche die Unmöglichkeit begründen, können liegen in der Person des Schuldners, oder in der Person des Gläubigers, oder endlich in der zu leistenden Sache. Es ist aber zu beachten, dass nicht der Wille des Schuldners zur Leistung, sondern seine Fähigkeit dazu in Betracht kommt, obwohl andererseits nicht verkannt werden darf, dass der Schuldner, der aus bösem Willen nicht rechtzeitig leistet, dadurch wenigstens eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung herbeiführt, da nach Ablauf der bestimmten Zeit niemals mehr die rechtzeitige Leistung nachgeholt werden kann. Ferner ist zu bemerken, dass durch den Annahmeverzug des Gläubigers eine Unmöglichkeit der Leistung nicht herbeigeführt wird, da der Annahmeverzug ja gerade die Mög-

lichkeit der Leistung durch den Schuldner zur Voraussetzung hat[1]).

Aus den vorstehenden Erörterungen geht hervor, dass die Frage, ob Unmöglichkeit einer Leistung vorliegt, nur unter Berücksichtigung aller einzelnen im konkreten Falle in Betracht kommenden Leistungsmomente entschieden werden kann, dass aber eine allgemeine Definition der Unmöglichkeit auf ausserordentliche Schwierigkeiten stösst. Die Mehrzahl der Schriftsteller hat denn auch auf eine Aufstellung des Begriffs der Unmöglichkeit verzichtet. Die an der Spitze wiedergegebene Definition Hartmann's ist, wie diese Ausführung gezeigt hat, praktisch nicht zu verwenden. Die praktisch allerdings sehr gut zu verwendende Definition Titze's: „Eine „Leistung ist im Rechtssinne dann unmöglich, wenn „ihrer Bewirkung entweder unüberwindliche Hindernisse „entgegenstehen oder doch wenigstens Hindernisse, deren „Ueberwindung dem Schuldner billigerweisse nicht zu„gemutet werden kann", ist, wie oben gezeigt, unrichtig, soweit sie das Prinzip der Billigkeit zur Bildung des Begriffes der Unmöglichkeit verwendet, und im Uebrigen nur eine Umschreibung, aber nicht eine erschöpfende Definition. Eine solche lässt sich, wie Kleineidam S. 13 mit Recht betont, nicht geben, weil der Begriff der Unmöglichkeit mehr den Charakter einer Schlussfolgerung

[1]) Zu dieser Frage vgl. die beachtenswerten Ausführungen bei Titze S. 23 ff., der bei denjenigen Schuldverhältnissen, durch welche der Gläubiger zu einer Thätigkeit verpflichtet wird, ein von ihm zu prästierendes Stück der Aussenwelt, auf welches sich die Thätigkeit des Verpflichteten bezieht „ein Substrat der Thätigkeit" ausscheidet und bei Untauglichwerden des Substrates immer Unmöglichkeit annimmt. Anders Kleineidam (S. 9), der vorübergehende, und bei Fixgeschäften dauernde Unmöglichkeit annimmt, mit der Begründung, die Unmöglichkeit der Leistung richte sich stets nur nach dem durch das thatsächliche Verhalten des Gläubigers herbeigeführten Erfolge. Dem ist entgegenzuhalten, dass der Annahmeverzug ein durch die Rechtsordnung besonders geregeltes Rechtsinstitut ist, das ganz unabhängig von der Lehre von der Unmöglichkeit die Folgen der Nichtannahme regelt.

aus den thatsächlichen Verhältnissen trägt, als dass er selbst unmittelbar die thatsächlichen Verhältnisse bezeichnet. Aus diesem Grunde ist auch hier von dem Versuche einer Definition der Unmöglichkeit abgesehen.

---

§ 1.

Die nachfolgende Unmöglichkeit im Gegensatz zu der anfänglichen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch unterscheidet in grundlegender Weise zwischen anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit, indem es bei ersterer ganz andere Wirkungen eintreten lässt, als bei letzterer. Das Gesetz hat die Folgen anfänglicher Unmöglichkeit nicht allgemein geregelt, sondern nur für die durch Verträge und letztwillige Verfügungen begründeten Schuldverhältnisse[1]).

Hier interessirt nur die Regelung der anfänglichen Unmöglichkeit bei Verträgen. In § 306 bestimmt das Gesetzbuch: „Ein auf eine unmögliche Leistung gerichteter Vertrag ist nichtig."

Daraus geht ohne Weiteres hervor, dass die Umstände, welche die Unmöglichkeit herbeigeführt haben, vor Abschluss des Vertrages eingetreten sein müssen, die Unmöglichkeit also bereits im Augenblicke des Vertragsabschlusses vorhanden sein muss.[2])

---

[1]) Für die auf einseitiger Willenserklärung beruhenden Obligationen bedurfte es keiner besonderen Regelung, da auf sie die Vorschriften über Unmöglichkeit aus Verträgen geschuldeter Leistungen anwendbar sind. Für die auf gesetzlicher Vorschrift beruhenden Schuldverhältnisse erscheint eine Regelung deshalb nicht erforderlich, weil es ausgeschlossen sein dürfte, dass das Gesetz zu einer unmöglichen Leistung verpflichten könnte, wenn aber einmal das Gesetz eine Verpflichtung zu einer solchen Leistung auferlegen sollte, so müsste eine solche Vorschrift unwirksam sein, da sie der Logik des Rechts widerstreitet.

[2]) Damit ist aber nicht gesagt, dass ein Vertrag schon dann auf eine unmögliche Leistung gerichtet ist, wenn er in dem

Die für die Unmöglichkeit kausalen Umstände dürfen nicht nach Abschluss des Vertrages eintreten, andernfalls liegt nachfolgende Unmöglichkeit vor. Dabei macht es keinen Unterschied, ob der abgeschlossene Vertrag mit dem Augenblicke des Abschlusses ein Schuldverhältniss entstehen lässt oder erst später.

Eine andere Auffassung, wonach bei Verträgen, deren Wirkungen in Folge einer Bedingung, Zeitbestimmung, notwendigen Genehmigung u. s. w. erst später eintreten, das durch den Vertrag begründete Schuldverhältnis also auch erst nach dem Moment des Vertragsabschlusses entsteht, erst dann nachfolgende Unmöglichkeit gegeben sein soll, wenn die kausalen Umstände nach dem Momente der Entstehung des Schuldverhältnisses eingetreten sind, wird von Kleineidam S. 87 f. und Scholl-meyer S. 98 vertreten.

Sie gehen aus von der Bestimmung des § 275: „Der „Schuldner wird von der Verpflichtung zur Leistung „frei, soweit die Leistung in Folge eines nach der Ent-„stehung des Schuldnerverhältnisses eintretenden Um-„standes, den er nicht zu vertreten hat, unmöglich wird."

Indem sie sich wörtlich an den Ausdruck „die Entstehung des Schuldverhältnisses" halten, betonen sie, dass gemäss § 240 B. G. B. ein Schuldverhältnis erst dann vorliege, wenn der Gläubiger berechtigt sei, von dem Schuldner eine Leistung zu fordern. Bei einem aufschiebend bedingten Rechtsgeschäfte träten aber die

---

Moment, in dem er abgeschlossen ist, nicht erfüllt werden kann, einerlei, ob er in diesem Zeitpunkt zu erfüllen ist oder nicht. Vgl. Titze S. 53. Vielmehr muss gerade bei der Frage nach der Unmöglichkeit geprüft werden, ob die Leistung zu dem bestimmten Zeitpunkt, der wie Titze S. 31 selbst sagt, eine Seite der Leistung bildet, erfüllt werden kann.

Vergl. Kleineidam S. 29, Iher. Jahrb. 43 S. 114 ff und Crome II 33 und 122 Anm. 2 b. Es kann also eine Leistung, obwohl sie im Augenblick des Vertragsabschlusses nicht erfüllt werden kann, doch möglich sein, weil sich in diesem Augenblicke beurteilen lässt, dass sie zur Erfüllungszeit geleistet werden kann.

Wirkungen d. h. das Recht des Gläubigers auf die Leistung und die entsprechende Pflicht des Schuldners, erst mit dem Eintritt der Bedingung ein. Ein auf die Leistung gerichtetes Schuldverhältnis sei also im Augenblick der Vornahme des Rechtsgeschäfts, also des Vertragsabschlusses, noch nicht entstanden. Schollmeyer behandelte auch folgerichtig, die nach Vertragsabschluss aber vor Eintritt der Bedingung eintretende Unmöglichkeit der Leistung als anfängliche Unmöglichkeit; er gerät aber später mit sich selbst in Widerspruch, wenn er[1]) für den Fall, dass die bei Vertragsabschluss vorhandene Unmöglichkeit vor Eintritt der Bedingung einmal weggefallen, dann aber noch vor Eintritt wieder entstanden ist, nachfolgende Unmöglichkeit annimmt. Vor allen Dingen widerlegt sich die Schollmeyer'sche Ansicht durch ihre Ergebnisse.

Darnach haftete der Schuldner, wenn vor Eintritt der Bedingung durch einen von ihm nicht zu vertretenden Umstand Unvermögen zur Leistung entstände auf das positive Erfüllungsinteresse, während er bei einem unbedingt abgeschlossenen Vertrag gemäss § 275 Abs. 2 B. G. B. befreit würde.

Kleineidam dagegen, der mit uns der Ansicht ist, dass anfängliche Unmöglichkeit nur dann vorhanden ist, wenn im Augenblicke des Vertragsabschlusses die Unmöglichkeit bereits bestand, findet für den Fall, dass nach Vertragsabschluss aber vor definitiver Entstehung des Schuldverhältnisses die Leistung unmöglich geworden ist, eine Lücke und will diese durch analoge Anwendung der Regeln über nachfolgende Unmöglichkeit ausfüllen Dagegen ist geltend zu machen, dass logischer Weise die Einteilung in anfängliche und nachfolgende Unmöglichkeit eine dritte Kategorie vollständig ausschliesst. Es liegt aber zur Schaffung einer solchen auch keine Notwendigkeit vor. Denn die nach Vertragsabschluss, aber vor Eintritt der Bedingung entstandene Unmöglichkeit kann nach § 306 B. G. B. nicht ursprünglich sein, sie

[1]) Seite 159.

ist aber nachfolgend insofern als durch den Abschluss des Vertrags bereits vor Eintritt der Bedingung eine Gebundenheit der Parteien bestand. Dieser Ansicht ist offenbar auch die Kommission für die II. Lesung gewesen, da sie die Bestimmung in § 238 Abs. 2 des Entwurfes I, wonach der Gläubiger auf einen etwaigen Ersatz für die unmöglich gewordene Leistung auch dann Anspruch haben sollte, wenn das Schuldverhältnis bedingt oder befristet und die Leistung vor Eintritt der Bedingung oder des Anfangstermins unmöglich geworden war, als selbstverständlich strich. Protokoll II S. 316 f. Ein solcher Surrogationsanspruch kommt nach der nur ganz vereinzelt angegriffenen Meinung nur bei der nachfolgenden Unmöglichkeit vor.

Es spricht gegen Kleineidam die Bestimmung des § 160 B. G. B., der soweit er auf obligatorische Rechtsgeschäfte angewandt wird, lediglich einen Anwendungsfal des auf die nachträgliche Unmöglichkeit bezüglichen § 280 B. G. B. darstellt.

Aus dem Umstande, dass das Gesetz in § 275 von einer „nach Entstehung des Schuldverhältnisses eingetretenen Unmöglichkeit", in § 281, Abs. 1, von dem „geschuldeten Gegenstand" spricht, ist kein Argument gegen unsere Auslegung zu entnehmen. Das Gesetz behandelt eben hier die Folge der nachträglichen Unmöglichkeit der Leistung im Allgemeinen ohne Rücksicht darauf, ob ein Rechtsgeschäft oder eine Rechtsvorschrift unmittelbar den Verpflichtungsgrund bildet. Normaler Weise entsteht ja nun auch bei Verträgen das Schuldenverhältnis mit dem Vertragsabschluss. Diese allgemeine Fassung bietet darum gar keinen Grund für die Annahme, dass durch den Wortlaut des Gesetzes die Grenze zwischen anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit für die Ausnahmefälle, in denen Verträge nicht mit ihrem Abschluss wirksam werden, anders geregelt werden sollte, wie für die Regelfälle, wo das Schuldverhältnis mit dem Abschlusse des Vertrags entsteht. Es erweist sich somit der oben auf-

gestellte Satz, dass unter allen Umständen der Augenblick des Vertragsabschlusses die Grenze zwischen anfänglicher und nachfolgender Unmöglichkeit bildet, als richtig [1]). Zu seiner Begründung werden auch noch folgende Argumente vorgebracht.

Wollte man die zwischen Vertragsabschluss und Eintritt der Bedingung entstandene Unmöglichkeit als anfängliche betrachten, so hätte dieselbe gemäss § 306 B. G. B. Nichtigkeit des Vertrages zur Folge.

Von solchen kann aber nur die Rede sein, wenn das Geschäft als solches überhaupt keine Wirkungen äussert. Nun führt der bedingte Vertrag unbestritten auch bereits vor Eintritt der Bedingung Rechtswirkungen herbei, nämlich eine Gebundenheit der Parteien. Wird die Leistung, die den Gegenstand des Geschäftes bildet, vor Eintritt der Bedingung unmöglich, so hört damit die Gebundenheit zwar auf; die bisherigen Rechtsfolgen des Vertrags haben jedoch ein für allemal bestanden. Eine Nichtigkeit, wie sie § 306 vorschreibt, ist somit nicht gegeben. Nachfolgend ist jede Unmöglichkeit, welche eine bereits bestandene Wirkung aufhebt, eine solche liegt aber schon in der mit dem Vertragsabschlusse begründeten rechtlichen Gebundenheit der Parteien [2]).

Ein weiterer Beweisgrund liegt in § 308 B. G. B.: „Wird eine unmögliche Leistung unter einer aufschiebenden „Bedingung oder unter Bestimmung eines Anfangstermins „versprochen, so ist der Vertrag gültig, wenn die Un„möglichkeit vor dem Eintritt der Bedingung oder des „Termins gehoben wird". Hiernach genügt zur Gültigkeit des Vertrags, wenn die zur Zeit des Vertragsabschlusses bestehende Unmöglichkeit der Leistung bis an den Eintritt der Bedingung sich in Möglichkeit verwandelt. Entfällt letztere nun wiederum vor diesem Zeitpunkt, so liegt, wie in der Kommission ausdrücklich

[1]) Er wird vertreten von der Mehrzahl der Schriftsteller, insbesondere von Enneccerus I 466 f. Kisch S. 26 ff. Titze S. 53 f.

[2]) Kisch, S. 28.

bemerkt wurde, nachträgliche Unmöglichkeit vor. (Prot. I S. 454 f). Es wurde dort besonders darauf hingewiesen, dass der Vertrag namentlich in Bezug auf die Folgen einer Verschuldung hinsichtlich der wiedereingetretenen Unmöglichkeit der Leistung allerdings Wirkungen äussern müsste. Was aber gilt, wenn die Unmöglichkeit erst nach Vertragsabschluss gehoben wurde, muss erst recht gelten, wenn die Möglichkeit bereits zur Zeit des Vertragsschlusses bestand.

Endlich sprechen für unsere Auffassung auch die Bestimmungen des Bürgerlichen Gesetzbuchs, nach welchen der Käufer bezw. Mieter bei ursprünglicher Mangelhaftigkeit der gekauften bezw. gemieteten Sachen Schadenersatz verlangen kann. Da wird als massgebend für den Begriff der Ursprünglichkeit die „Zeit des Kaufes" (§ 363) bezw. der Abschluss des Vertrages (§ 538) bezeichnet.

Der Satz, dass der Augenblick des Vertragsschlusses die Grenze zwischen anfänglicher und nachträglicher Unmöglichkeit bildet, mit seinen Rechtswirkungen erübrigt ein Eingehen auf die im gemeinen Recht für die einzelnen Verträge besonders aufgeworfene Frage nach der „Perfektion" des Geschäfts. Wir stellen nunmehr die Frage so: „Wann ist der Vertrag geschlossen?"

Bei Verträgen unter Abwesenden ist der Vertrag fertig in dem Augenblick, wo dem Antragsteller die Annahmeerklärung zugeht. §§ 151, 130 B. G. B. Das Gesetzbuch hat sich mit dieser Bestimmung der im gemeinen Rechte bereits herrschenden Empfangstheorie angeschlossen. Die Erklärung geht zu, wenn der Empfänger in die Lage versetzt wird, von der Erklärung Kenntnis zu nehmen. Thatsächliche Kenntnissnahme ist nicht erforderlich[1]).

Bei Verträgen unter Anwesenden und durch den Fernsprecher wird zu dem Erfordernis des Zugehens der Annahmeerklärung auch noch Kenntnisnahme von der-

[1]) So Matthiass I 176, Cosack I 179.

selben durch den Empfänger zu verlangen sein. In zweifelhaften Fällen soll der Annehmende sich nicht dabei beruhigen, dass der Adressat der Erklärung in der Lage war, davon Kenntnis zu nehmen, da er sich nach Treu und Glauben überzeugen muss, ob er es wirklich gethan hat[1]).

Braucht in den Ausnahmefällen des § 151 B. G. B. die Annahme dem Antragenden nicht erklärt zu werden, so ist der Vertrag abgeschlossen im Augenblick der Bethätigung des Annahmewillens. Wird der Vertrag gerichtlich oder notariell beurkundet, ohne dass beide Teile gleichzeitig anwesend sind, so ist, wenn die Parteien nichts anderes vereinbart haben, der Vertrag mit der Beurkundung der Annahmeerklärung zu stande gekommen § 152 B. G. B.

Ist für den Vertrag durch Gesetz oder Parteiwille eine Beurkundung vorgeschrieben, so liegt ein fertiger Vertragsschluss erst mit der Beurkundung vor. Soweit das Erfordernis der Beurkundung nur auf Parteiwille beruht, kann allerdings die Absicht der Parteien dahin gehen, dass der Vertrag unabhängig von der Beurkundung sofort wirksam werden soll. Liegt eine derartige Vereinbarung vor, dann ist der Vertrag der Regel entsprechend mit Empfang der Annahme durch den Antragenden abgeschlossen. § 154, Abs. 2. Haben bei Vertragsverhandlungen die Parteien sich nicht über alle Punkte geeinigt, über die nach der Erklärung auch nur einer Partei eine Vereinbarung getroffen werden sollte, so liegt auch bezüglich der Punkte, über die eine Einigung zustande gekommen ist, ein Vertragsschluss nicht vor, wenn nicht ein gegenteiliger Wille der Parteien ersichtlich ist. § 154, Abs. 1. Sehen jedoch in einem solchen Falle die Parteien den Vertrag als geschlossen an, obwohl thatsächlich über einen Punkt die beabsichtigte Einigung nicht erzielt ist, so gilt das Vereinbarte, sofern anzu-

[1]) Anders Matthiass I 187, Cosack I 179. Ebenso Zitelmann I 96, Goldmann-Lilienthal I 173.

nehmen ist, dass der Vertrag auch ohne Bestimmung über diesen Punkt geschlossen sein würde. § 155 B. G. B.

Endlich ist hier noch anzuführen die dispositive Vorschrift des § 156 B. G. B., wonach bei Versteigerungen der Vertrag durch den Zuschlag zu Stande kommt.

Theoretisch steht also in allen Fällen der Zeitpunkt des Vertragsschlusses immer fest, doch wird seine praktische Ermittelung häufig auf grosse Schwierigkeiten stossen, da sehr viele Verkehrsgeschäfte gelegentlich abgeschlossen werden, sodass die Parteien hinterher kaum mehr den Tag, geschweige denn die genaue Zeit des Abschlusses wissen.

Selbst wenn der Zeitpunkt des Vertragsschlusses genau feststehen sollte, wird die Beantwortung der Frage, ob anfängliche oder nachträgliche Unmöglichkeit, streitig sein können, da wohl meistens erst das Vorliegen der Unmöglichkeit Veranlassung geben wird, nach den Ereignissen zu forschen, die die Unmöglichkeit herbeigeführt. Nun entzieht sich das Eintreten von Ereignissen häufig überhaupt der Wahrnehmung, häufig wird es aber auch nicht beachtet. Hinterher lässt sich dann die genaue Zeit des Eintretens oftmals nicht mehr feststellen. Sodann kann aber auch das die Unmöglichkeit herbeiführende Ereignis schrittweisse eintreten, z. B. das verkaufte Haus wird vom Wasser unterspült und fällt ein. Aus den Worten des Gesetzes „soweit die „Leistung in Folge eines nach Entstehung des Schuld„verhältnisses eintretenden Umstandes unmöglich wird“ ist zu schliessen, dass es einzig und allein auf den endlichen Eintritt des Ereignisses ankommt, das unmittelbar die Unmöglichkeit zur Folge hat, mögen die Bedingungen für den Eintritt auch schon vorher vorgelegen haben. In dem angeführten Beispiel wird daher erst durch den Einsturz des Hauses Unmöglichkeit der Leistung herbeigeführt.

§ 2.

Die verschiedenen Arten der nachfolgenden Unmöglichkeit.

I. Die Doktrin unterscheidet zwischen mehreren Arten der Unmöglichkeit. Diese Unterscheidungen interessiren hier nur, soweit die nachfolgende Unmöglichkeit in Betracht kommt. In Wirklichkeit handelt es sich bei diesen Unterscheidungen gar nicht um Verschiedenheiten im Begriffe der Unmöglichkeit selbst. Vielmehr sind es nur Unterschiede in der Betrachtungsweise. So ist im Vorigen schon dargestellt die Unterscheidung in Beziehung auf die Vertragsentwicklung in anfängliche und nachfolgende Unmöglichkeit.

Des Weiteren unterscheidet man mit Rücksicht auf den Grund faktische und juristische Unmöglichkeit. Erstere hat ihren Grund in Naturgesetzen, letztere in Vorschriften der Rechtsordnung oder wie Dernburg II S. 128 sagt „in der Logik des Rechts.“ Scharf lässt sich die Grenze freilich nicht ziehen[1]).

Da jedoch faktische und rechtliche Unmöglichkeit vom Gesetz vollkommen gleich behandelt sind, ist die Unterscheidung weiter ohne Bedeutung. Je nachdem eine Leistung an sich und unter allen Umständen unmöglich ist, oder zwar an sich möglich und nur unter den im konkreten Falle gegebenen Umständen unmöglich ist, unterscheidet man absolute und relative Unmöglichkeit. Das Gesetzbuch kennt diese Unterscheidung nicht, sie ist aber nicht ganz wertlos, wie Titze S. 10

[1]) So kommt es denn auch, dass manche Schriftsteller, so Endemann I 552 b. verbotene oder unsittliche Leistungen als aus rechtlichen Gründen unmöglich erachten, ähnlich Kisch S. 8 wenn auch mit Bedenken. Wohl kann das Verbot der Leistung faktische Unmöglichkeit der Leistung herbeiführen. Unklar ist daher auch die Bemerkung Cromes Bd. II S. 34 Anm. 11, zum Begriff der juristischen Unmöglichkeit, dass nicht alles Verbotene unmöglich sei. Gerade dass die Leistungen möglich sind, macht das rechtliche Verbot nötig. Vergl. Biermann Arch. f. civ. Pr. Bd. 91 S. 77.

Anm. 20 sie hinstellt. Vielmehr kann diese Unterscheidung von Bedeutung für den Richter sein bei Prüfung der Frage, ob im Falle des § 307 B. G. B. die eine oder die andere Partei die Unmöglichkeit der Leistung kennen müsste.

II. Besteht die Unmöglichkeit für alle Menschen, liegt sie also in der Leistung an und für sich[1]) so nennt man sie objektiv, besteht sie für den Schuldner, jedoch nicht für andere Menschen, subjektiv. Die Unterscheidung zwischen objektiver und subjektiver Unmöglichkeit ist ausgebildet im gemeinen Recht; sie hat ihre Grundlage in einer von Venuleius herrührenden Quellenstelle (l 137 §§ 4 und 5 D. 45. 1). Hier unterscheidet Venuleius zwischen einer „causa difficultatis" und Unmöglichkeit. Als causa difficultatis bezeichnet er „id quod promissor dare non potest". Eine solche soll gegeben sein, si ab eo stipulatus sim, qui efficere non possit, cum alio possibile sit. Darnach soll Unmöglichkeit nicht vorliegen, wenn irgend ein Dritter die Leistung bewirken kann, mag auch der Schuldner dazu ausser Stande sein. Man hat daher, wie Kleineidam S. 4 f. ausführt, im Anschluss an diese Stelle in der gemeinrechtlichen Doktrin an den von Venuleius gebrauchten Bezeichnungen festgehalten. Erst als man anfing, die juristischen Schriften in deutscher Sprache abzufassen, hat man für impossibilitas objektive und für causa difficultatis subjektive Unmöglichkeit gebraucht. Diese Unterscheidung hat bei neueren Schriftstellern wiederholt Anfechtung erfahren. Denn im Falle der subjektiven Unmöglichkeit ist die Leistung an sich wohl möglich, nur der Schuldner kann sie nicht bewirken. Da jedoch ein Anderer, der dazu im Stande ist, die Leistung für ihn bewirken kann, ist ein Erlöschen des Schuldverhältnisses durch Erfüllung nicht ausgeschlossen. Diese Bedenken haben denn auch bewirkt, dass die Unterscheidung zwischen objektiver und sub-

[1]) Crome S. 34 unter b.

jektiver Unmöglichkeit der Leistung zwar wohl dem Inhalte, aber nicht der Bezeichnung nach in das Bürgerliche Gesetzbuch aufgenommen worden sind. Dieses gebraucht dafür die Ausdrücke „Unmöglichkeit der Leistung" und Unvermögen des Schuldners zur Leistung (B. G. B. §§ 275, 279, 306).

Ueber den Inhalt dieser Unterscheidung sind jedoch verschiedene Meinungen vertreten.

Nach der herrschenden Meinung, die aus dem gemeinen Recht übernommen ist und die auch hier vertreten wird, liegt Unmöglichkeit vor, wenn die Leistung für jedermann unmöglich ist, Unvermögen des Schuldners, wenn sie dem Schuldner nicht möglich, irgend welchen anderen Menschen aber möglich ist[1]).

Die Berechtigung der Unterscheidung liegt darin, dass der Schuldner, wenn zwar nicht er, sondern ein Dritter zur Bewirkung der Leistung imstande ist, in der Regel durch diesen Dritten erfüllen lassen kann, da ja die Person des Schuldners für die Erfüllung meistens ohne Bedeutung ist. Auch kann ja jeder Dritter ohne Wissen und sogar gegen den Willen des Schuldners erfüllen. So lange also ein Dritter erfüllen kann, liegt gar keine eigentliche Unmöglichkeit vor.

Dagegen wollen Biermann (Archiv der civ. Prax. Bd. 91 S. 92) Crome II S. 34 Note 16 und Titze S. 70 f.) objektive Unmöglichkeit der Leistung nur dann annehmen, wenn der Gegenstand der Leistung an sich ein solcher ist, dass sie überhaupt nicht vorgenommen werden kann, subjektive Unmöglichkeit jedoch dann, wenn die Leistung an sich wohl menschenmöglich ist, jedoch von einem bestimmten menschlichen Individuum, und zwar von dem Verpflichteten aus rein persönlichen Gründen nicht vorgenommen werden kann. Sie finden also das unterscheidende Moment zwischen Unmöglichkeit

[1]) Ebenso Dernburg II 129 Matthiass I 330, Cosack I 336 Titze 59, Kleineidam S. 11 und Iher. Jahrb. 43, S. 122 ff. Kisch S. 9, Schoeller beitr. 1901, S. 531.

und Unvermögen in den Beziehungen des Schuldners zur Leistung und legen der Frage, ob ein anderer als der Schuldner die Leistung vollziehen könne, keine Bedeutung bei. Aehnlich definiert Endemann I 554 das Unvermögen, als die aus den persönlichen Verhältnissen des Schuldners herrührende Unfähigkeit, sein Versprechen — oder vielmehr seine Verbindlichkeit — zu erfüllen. Biermann unterscheidet denn auch für den Fall, dass eine Leistung sowohl für den Schuldner, als auch für jedermann sonst unmöglich ist, die Unmöglichkeit aber für den Schuldner aus ganz anderen Gründen besteht, lediglich nach dem für den Schuldner vorliegenden Unmöglichkeitsgrunde, ob die Leistung objektiv oder subjektiv unmöglich ist.

Für diese Anschauung liesse sich auch noch die oben als für die Unterscheidung überhaupt grundlegend bezeichnete, von Venuleius herrührende Stelle der Digesten anführen. Dort unterscheidet Venuleius zwischen impedimentum naturale und Hindernissen, die sich auf die facultas dandi beziehen und betont, dass die facultas nur die Person des Schuldners angehe. Die Fälle, wo das efficere alio possibile est, würden darnach nur eine Unterabteilung des Unvermögens bilden. Doch ist gegen diese bekämpfte Anschauung geltend zu machen, dass nach ihr folgerichtig auch bei solchen Schuldverhältnissen, durch die dem Schuldner die Verpflichtung zu einem Thun in Person auferlegt wird, durch Hinderungsgründe in der Person des Schuldners nur subjektive Unmöglichkeit, Unvermögen begründet wurde, während nach allgemeiner, auch von den Gegnern anerkannten Auffassung in solchen Fällen (objektive) Unmöglichkeit vorliegt.

Der von Biermann mitgeteilte Fall, dass der Kunsthändler A zu X dem Liebhaber B zu Y gelegentlich eines dortigen Aufenthaltes ein Gemälde von Dürer, das sich in seinem Hause zu X befindet und dem B bekannt ist, zu einem bestimmten Preise verkauft, bei seiner Rückkehr nach Hause aber erfährt, dass das Bild von

unbekannten Dieben gestohlen worden, und weder von den Dieben, noch dem Bilde eine Spur zu finden ist, stellt sich nach der hier niedergelegten Anschauung als Unmöglichkeit, nicht als Unvermögen dar, obwohl die Unmöglichkeit für A nur in seinen mangelnden thatsächlichen Beziehungen zu dem verkauften Bilde besteht, während alle übrigen Menschen aus rechtlichen Gründen kein Eigentum an dem gestohlenen Bilde übertragen können.

Immerhin lässt sich die Grenze zwischen Unmöglichkeit und Unvermögen nicht mit Bestimmtheit ziehen. So regen die Motive II S. 177 eine Streitfrage an, bezüglich derjenigen „zum öffentlichen Gebrauche be„stimmten Sachen, welche nur solche Verträge nicht „zulassen, wodurch diese ihre Bestimmung, solange die„selben auf dem durch das öffentliche Recht bestimmten „Wege nicht aufgehoben ist, beeinträchtigt würde, ins„besondere die öffentlichen Wege, Strassen und Plätze. „Bei diesen Sachen zeigt sich das Eigentümliche, dass „solche Verträge über sie geschlossen werden können, „deren Erfüllung die erwähnte Bestimmung der Sachen „unberührt lässt. Trifft das Gegenteil zu, so liegt „juristische Unmöglichkeit vor, wobei der Wissenschaft „die Lösung der Frage überlassen bleiben muss, ob immer „objektive Unmöglichkeit anzunehmen ist, oder ob etwa „in concreto im Hinblick auf den Umstand, dass das „Hindernis durch obrigkeitliche oder behördliche An„ordnungen behoben werden kann, bei Unkenntnis der „Parteien von der beschränkten Verkehrsfähigkeit die „Auffassung begründet sein könnte, dass ein dem Ver„trage über Sachen oder Rechte eines Dritten analog „zu behandelnder Vertrag vorliege."

Wie aus der Betonung, „der Unkenntnis der Parteien von der beschränkten Verkehrsfähigkeit" zu entnehmen ist, handelt es sich hier nicht um Verträge auf Beschaffung solcher res publico usui destinatae, deren Bestimmung den Parteien bekannt ist, und die von der Aufhebung dieser Zweckbestimmung bedingt sein werden.

Titze S. 63 will unterscheiden, ob die betreffende Sache wegen ihrer Zweckbestimmung für die sie besitzende Korporation des öffentlichen Rechtes unentbehrlich ist oder nicht, und je nachdem objektive oder subjektive Unmöglichkeit annehmen, da die in Betracht kommenden Gegenstände mitunter so beschaffen seien, dass sie von ihren Eigentümern, selbst wenn diese sie hergeben wollten, gar nicht veräussert werden könnten, weil sie Zwecken dienten, die so unmittelbar mit den von jenen zu erfüllenden Aufgaben zuhammenhängen, dass die Sachen von ihren Inhabern nicht entbehrt werden könnten.

Dagegen verneint Kleineidam S. 23 die Frage, ob die in Rede stehenden Fälle manchmal wie Verträge über fremde Sachen zu behandeln seien, ob demzufolge manchmal ein blosses Unvermögen des Schuldners zur Leistung statt einer Unmöglichkeit als vorliegend angenommen werden könne. Er begründet seine Entscheidung damit, dass die Befugnis, welche die Behörde oder Obrigkeit kraft ihrer amtlichen Stellung und ihrer amtlichen Verfügungsmacht besitze, die Verkehrsbeschränkung bei den ihr unterstehenden öffentlichen Sachen aufzuheben und sie dem freien Verkehr ganz oder zum Teil wieder zurückzugeben, durchaus nicht der privaten Verfügungsmacht jedes Eigentümers über die ihm gehörige Sache gleichstehe. Jene sei ein Ausfluss des öffentlichen Rechts und unterstehe dessen Normen, diese entfliesse dem Privatrecht und werde von dessen Bestimmung geregelt. Die privatrechtliche Verfügungsmacht des fremden Eigentümers mit ihrer grundsätzlichen Abhängigkeit von privaten Vorteilen biete der Verwirklichung einer auf diese fremde Sache bezüglichen Leistungsverbindlichkeit eines Dritten ein viel geringeres Erfüllungshindernis, als die den Einwirkungen privater Vorteile und Bestrebungen grundsätzlich entzogene und korrekterweise allein im öffentlichen Interesse zu gebrauchende Befugnis der Behörden, den bisherigen res publicae in

publico uso diese Eigenschaft ganz oder zum Teil zunehmen. Diese Ausführungen Kleineidam's treffen den Kern der Sache, es kann ihnen nur zugestimmt werden.

Es sei nun noch darauf hingewiesen, dass bei Schuldverhältnissen, die ein Unterlassen zum Gegenstande haben, Unvermögen des Schuldners zur Leistung ausgeschlossen erscheint und nur Unmöglichkeit vorkommen kann. Denn die Verpflichtung zur Unterlassung kann nur von dem Schuldner erfüllt werden. Die Thatsache, dass andere Menschen die ihm verbotene Handlung nicht vornehmen, kann ihn, der dem Gläubiger gegenüber die besondere Verpflichtung zum Unterlassen übernommen hat, nicht befreien. Denn da irgend ein solcher Dritter stets vorhanden wäre, würde jede Obligation auf ein Unterlassen völlig wertlos sein. Dies widerspricht jedoch der Logik des Rechts, das solche Schuldverhältnisse zulässt.

Einige Schriftsteller[1]) halten zwar Unmöglichkeit in diesem Sinne für ausgeschlossen und Wendt[2]) vertritt die Ansicht, dass von objektiver Unmöglichkeit einer Verpflichtung zur Unterlassung, d. h. der Notwendigkeit der Zuwiderhandlung kaum je gesprochen werden könne. Es beruht dies jedoch darauf, dass diese Schriftsteller die Unmöglichkeit absolut betrachten. Dies zeigt sich besonders bei Wendt. Derselbe führt[3]) folgendes aus:

„Zahlreicher sind die Beispiele, in welchen sich der „Schuldner auf ein unverschuldetes Unvermögen zur „Leistung mit Recht wird berufen können. Auch da„durch soll ja die Befreiung des Schuldners herbeigeführt „werden, als Folge des Grundsatzes, dass der Schuldner „nur gewisse Umstände zu vertreten braucht und auch „bei der Überwindung von Hindernissen und Schwierig„keiten seine Energie nur soweit anzuspannen nötig hat, „dass ihm ein Verschulden nicht zur Last gelegt werden „kann. Unvermögen zur Leistung heisst also, dass die

[1]) z. B. Kisch S. 162 Anm. 3.
[2]) Arch. f. d. civ. Prax. Bd. 92 S. 53 ff.
[3]) a. a. O. S. 58 f.

„Schwierigkeiten der Erfüllung grösser sind, als die Kräfte „des Schuldners trotz ordnungsmässiger Anstrengung zu „überwinden vermögen".

Wendt bezeichnet hier die relative Unmöglichkeit als Unvermögen. Auch bei einer in einem Unterlassen bestehenden Leistung kann die Leistungsenergie bestimmt sein und sie findet in Ermangelung vertraglicher Bestimmungen ihre Grenze in § 242 B. G. B. Sie tritt in Erscheinung in dem Widerstande, den der Schuldner den Motiven entgegensetzen muss, die zu einer Zuwiderhandlung gegen die Unterlassungspflicht drängen. Wird der Schuldner nun z. B. durch unwiderstehliche Gewalt oder durch eine andere höhere Pflicht zur Vornahme der verbotenen Handlung gedrängt, so liegt Unmöglichkeit vor, und zwar nach dem oben Ausgeführten, objektive Unmöglichkeit.

Die Unmöglichkeit der Leistung stellt sich also dar als ein Thunmüssen, die Notwendigkeit des Zuwiderhandelns.

Es ist dies jedoch nicht die einzige Form, in der eine Leistung, die in einem Unterlassen besteht, unmöglich werden kann. Es kommen hier vielmehr auch diejenigen Fälle in Betracht, wo die Unterlassungspflicht an ganz konkrete, in der Zukunft liegende Ereignisse geknüpft sind, und wo diese erwarteten Ereignisse dann nicht eintreten, beispielsweise, es hat jemand versprochen, bei einer bestimmten Versteigerung nicht mitzubieten, und die Versteigerung wird dann nicht abgehalten, oder es hat sich jemand gegenüber einem Anderen verpflichtet, innerhalb bestimmter räumlicher und zeitlicher Grenzen kein Konkurrenzgeschäft zu betreiben, und dieser giebt sein Geschäft auf.

Wie Wendt[1]) ausführt, handelt es sich auch hier um Unmöglichkeit der Erfüllung. Der Schuldner kann eben seine Verpflichtung zum Unterlassen nur dann erfüllen, wenn die Versteigerung auch wirklich abgehalten wird, bezw. so lange der Versprechensempfänger sein Geschäft

[1]) Arch. f. d. civ. Pr. 92 S. 57 f.

betreibt. Mit dem Wegfall dieser Voraussetzungen entfällt deshalb die Möglichkeit der Erfüllung.

Zum Schlusse sei noch bemerkt, dass die Unterscheidung zwischen Unmöglichkeit der Leistung und Unvermögen für das hier behandelte Thema ohne grosse Bedeutung ist, da das Gesetz nachträgliche Unmöglichkeit und nachträgliches Unvermögen gleich behandelt mit einer Ausnahme bei Gattungsschulden[1]). Im Folgenden bedienen wir uns deshalb der Einfachheit halber für beide Begriffe des Wortes Unmöglichkeit, ausser dann, wenn die Unterscheidung von Bedeutung ist.

III. Da die menschlichen Verhältnisse einem ständigen Wechsel unterworfen sind, ist es nicht ausgeschlossen, dass eine Leistung nur vorübergehend unmöglich wird, d. h. dass das nach Vertragsabschluss eingetretene Hindernis, welches die Unmöglichkeit zur Folge hat, durch ein später eintretendes Ereignis wieder beseitigt wird. Man spricht hier von vorübergehender Unmöglichkeit im Gegensatz zur dauernden.

Diese Unterscheidung ist von grosser Bedeutung, weil nur die dauernde zufällige Unmöglichkeit die Befreiung des Schuldners bewirkt, während die vorübergehende zufällige Unmöglichkeit nur eine aufschiebende Einrede gewährt[2]).

Bei der Untersuchung des Unterschiedes von dauernder und vorübergehender Unmöglichkeit ist festzuhalten, dass abstrakt betrachtet die vorübergehende Unmöglichkeit überhaupt keine Unmöglichkeit ist, da die Leistung ja schliesslich bewirkt werden kann. Für die Beantwortung der Frage, ob vorübergehende oder dauernde Unmöglichkeit vorliegt, wird stets mit entscheidend sein, die Art und Weise, wie die Zeit der Leistung bestimmt ist.

[1]) Vgl. § 275 Abs. 2, 279 B. G. B. Matthiass I 342 unter I, Kleineidam 123, Kisch 10.

[2]) So Dernburg II Abt. I S. 129, Planck § 275 A. 2, Matthiass I S. 379, Enneccerus I 470, Kleineidam S. 95, Kisch S. 21, Titze S. 35.

Für jedes Schuldverhältnis lässt sich eine Zeit feststellen, zu welcher der Schuldner die Leistung bewirken, der Gläubiger sie verlangen kann. Dieser Zeitpunkt der Fälligkeit hat aber in der Regel nur die Bedeutung, dass erst von da ab die Leistung gefordert werden darf, während vorher der Schuldner die Leistung verweigern durfte. Nun kann aber die Absicht der Parteien bei Begründung eines Schuldverhältnisses dahingehen, dass die für die Erfüllung bestimmte Zeit ein wesentliches Moment der Leistung bildet, so dass nur durch eine Leistung zu dieser Zeit der Vertrag erfüllt wird, während eine spätere Leistung nicht mehr als Erfüllung gelten soll. Dass die Zeit der Leistung eine so wesentliche Bedingung des Vertrages sein soll, muss aus den Worten des Vertrags oder wenigstens aus den Umständen bestimmt hervorgehen[1]).

Kann bei solchen „Fixgeschäften" die Leistung vom Schuldner nicht zu der bestimmten Zeit bewirkt werden, so ist sie dauernd unmöglich, da eine Leistung zu irgend einer späteren Zeit nicht die vertragsmässige Leistung darstellt[2]).

Bei anderen Geschäften bildet die Erfüllungszeit nicht ein derartig wesentliches Moment der Leistung; vielmehr kann bei ihnen auch nach der vorgesehenen Zeit noch erfüllt werden. Vorübergehende Unmöglichkeit in der Erfüllungszeit bildet demnach auch nur eine teilweise Unmöglichkeit in Anbetracht der Zeit, die nur einen Aufschub der Erfüllung bis zur Behebung der Unmöglichkeit zur Folge hat. Es darf jedoch nicht vergessen werden, dass auch solche Geschäfte, die nicht Fixgeschäfte sind, nicht für die unabsehbare Zukunft geschlossen

---

[1]) Vgl. R. O. H. G. IV 166, Crome II 112[a] 31 ff. Geht z. B. die Verpflichtung des Schuldners dahin, eine Fahrt zu einem bestimmten Eisenbahnzuge zu machen oder zu einer bestimmten Gesellschaft ein Diner zu liefern, so bildet die Zeit einen integrierenden Bestandteil des Inhalts der Leistung.

[2]) Vgl. Kisch S. 29 und in Iher. Jahrb. 41, S 138, Titze 33 f. Planck S. 47 und 2, Enneccerus I 470, Crome II 124.

werden, sondern dass auch für diese Geschäfte aus dem Inhalt und dem Zwecke des Vertrags eine Zeitgrenze gefunden werden muss, bis zu der die Erfüllung des Vertrags von der einen oder der anderen Seite verlangt werden kann. Diese Zeitgrenze kann für Gläubiger und Schuldner verschieden sein, und ihre Feststellung wird in der Regel mit grossen Schwierigkeiten verbunden sein [1]). Jedenfalls kann auf Erfüllung nicht mehr bestanden werden, wenn die Behinderung derselben so lange gedauert hat, dass die nunmehr wieder möglich gewordene Leistung mit Rücksicht auf die in der Zwischenzeit eingetretene Änderung der Verhältnisse dem Inhalte und dem Zwecke des Vertrags nicht mehr entspricht und deshalb auch nicht mehr als Erfüllung gelten kann [2]).

Schwieriger gestaltet sich die Beantwortung der Frage, ob dauernde oder vorübergehende Unmöglichkeit vorliegt, wenn die Erfüllungszeit noch nicht endgültig abgelaufen ist. Titze [3]) vertritt die Meinung, dass jede Leistung, die innerhalb der zeitlichen Grenze möglich wird, bis zu welcher allein die nachträgliche Leistung noch als Erfüllung der Schuldverbindlichkeit angesehen werden kann, auch als Leistung im Sinne des Schuldverhältnisses zu gelten habe, und erklärt es für einerlei, ob der Wegfall der Unmöglichkeit von vornherein mit Wahrscheinlichkeit zu erwarten war, oder ob er ursprünglich ausserhalb aller Wahrscheinlichkeit lag. Diese Ansicht wird dem Wesen der Obligationen nicht in genügender Weise gerecht. Der Gläubiger wird in der Regel ein Schuldverhältnis nur darum eingehen, weil er zur Erfüllungszeit der Leistung bedarf. Er rechnet darauf, dass er zu dieser Zeit die Leistung erhalten wird, und hat ein Interesse daran, wenn die Leistung dem Schuldner unmöglich wird, zur Deckung des Bedürfnisses sich die Leistung anderswo beschaffen zu können. Ähnlich verhält es sich mit dem

[1]) Vgl. Titze S. 35 f.

[2]) Vgl. R. O. H. G. VIII 153, Crome II 34.

[3]) S. 37.

Schuldner. Beiden ist damit allein nicht gedient, dass die Leistung thatsächlich zur Erfüllungszeit bewirkt werden kann, während sie annehmen mussten, dies werde nicht der Fall sein, und sich deshalb sonstige Deckung gesucht haben. Zum Inhalte der Obligation gehört daher auch, dass sich die Parteien ein Rechnenkönnen auf die Leistung prästieren. Dies wird aber unmöglich, wenn die Erfüllungszeit so nahe herangerückt ist, dass innerhalb der Zwischenzeit ein Möglichwerden der unmöglichgewordenen Leistung nicht mehr erwartet werden kann[1]). Damit ist gesagt, dass unter Umständen auch objektiv vorübergehend unmögliche Leistungen — bei denen die Unmöglichkeit noch vor der Erfüllungszeit behoben wird — als dauernd unmögliche Leistung zu gelten haben. Mommsen hat für das gemeine Recht die Umstände, unter denen dies der Fall ist, so zu formulieren gesucht, dass er bei nachträglichem Wegfall der Unmöglichkeit die wieder möglich gewordene Leistung nur dann als für das Schuldverhältnis in Betracht kommend erklärte, wenn die vorübergehende Unmöglichkeit nicht die Folge eines Zustandes sei, dem „an sich die Eigenschaft der Kontinuität" zukommen. Diese Ansicht hat auch in der Rechtsprechung des Reichsgerichts Ausdruck gefunden[2]).

Im Anschluss an die gemeinrechtliche Lehre stellt Kleineidam (S. 96 f) und Iher. Jahrb. 43, 118 für das Bürgerliche Gesetzbuch den Satz auf, dass ein in der Natur der Unmöglichkeit, d. h. in den Thatsachen, welche die Unmöglichkeit zur Folge haben, nicht begründetes Wiedermöglichwerden das Schuldverhältnis nicht wieder aufleben lasse. Er bemerkt jedoch, dass ein solches Wiederaufhören der Unmöglichkeit nicht schon stets dann als in der Natur der Unmöglichkeit begründet anzusehen sei, wenn nach dem gewöhnlichen Lauf des Lebens eine Änderung der Sachlage möglich sei, vielmehr müsse dem das Erfüllungshindernis bildenden Umstande nach der

[1]) Vgl. Kleineidam S. 99.
[2]) Vergl. Titze S. 37 E. R. G. II 279.

Verkehrsanschauung der Charakter des Beharrens in dem Grade fehlen, dass die Behebung dieses Hindernisses als das zu erwartende, und der durch sie herbeigeführte Zustand als ein mit demjenigen, welcher vor dem Unmöglichwerden bestand, identischer, nicht blos als ein gleichartiger angesehen werden müsse. In ähnlicher Weise postuliert Enneccerus Bd. I S. 470 Anm. 4, 482 jede Unmöglichkeit als dauernd, bei der keine Anhaltspunkte dafür, dass sie später wegfallen werden, gegeben sind, wenn sie also nur durch aussergewöhnliche Umstände gehoben werden kann.

Die Mommsen'sche Formulierung ist offenbar nur eine Umschreibung, nicht eine Lösung der Frage; denn es taucht bei ihr sofort die neue Frage auf: Unter welchen Umständen kommt einem Zustand die Eigenschaft der Kontinuität zu?

Der von Kleineidam aufgestellte Satz giebt ebenfalls keine allgemeine Regelung der Frage, wann eine abstrakt betrachtet, vorübergehende Unmöglichkeit rechtlich als dauernd anzusehen ist, sondern verweist, indem sie sich auf die thatsächlichen, die Unmöglichkeit herbeiführenden und begleitenden Umstände beruft, auf die thatsächlichen Verhältnisse des einzelnen Falles. Es ist eben eine Frage, die nur für den konkreten Fall entschieden werden kann[1]).

Bei der Entscheidung wird aber immer das zu berücksichtigen sein, dass dauernde Unmöglichkeit nicht nur dann anzunehmen ist, wenn die Unmöglichkeit der Erfüllung von unbegrenzter Dauer, sondern auch schon dann, wenn sie nicht absehbar ist[2]).

[1]) Vgl. R. O. H. G. IV 172, VIII 153.

[2]) Vgl. R. G. in Seufferts Archiv 45, S. 282. Kisch S. 24, Kuhlenbeck in Jur. V. 1898 S. 135[1] im Grunde wohl auch Schoeller Beiträge 1901 S. 538, denn, wenn auch die „blosse Möglichkeit, dass das Erfüllungshindernis innerhalb der Erfüllungszeit noch behoben werden kann, den Gläubiger nicht hindert, Schadensersatz statt der Erfüllung zu fordern, so wird dasselbe von der Gewissheit oder Wahrscheinlichkeit gelten dürfen.

Die Dauer der Unmöglichkeit ist nicht absehbar, wenn „sich nicht aus allgemeinen Erfahrungssätzen oder aus „den Umständen des Einzelfalles sichere Anhaltspunkte „dafür ergeben, dass das Hindernis entfallen wird, und „zwar rechtzeitig genug, damit durch die nachträgliche „Leistung die Vertragszwecke noch erfüllt werden „können“ [1]).

Die Unmöglichkeit ist also vorübergehend, wenn die Dauer des Hindernisses völlig bestimmt ist, z. B. Unmöglichkeit der Erfüllung eines Dienstvertrags, verursacht durch eine militärische Übung, oder sich doch mit mehr oder weniger grosser Sicherheit ermitteln lässt, z. B. die Dauer einer Erkrankung durch den Arzt, oder wenn die Unmöglichkeit die Folge regelwidriger Zustände ist, die erfahrungsgemäss nur von kurzer Dauer sind. Andererseits wird regelmässig dauernde Unmöglichkeit anzunehmen sein, wenn das Leistungsobjekt untergeht, eine Person, deren Mitwirkung zur Leistung unumgänglich ist, stirbt, meistens auch, wenn die Unmöglichkeit durch Gesetz, Urteil oder Verwaltungsakt begründet ist.

IV. Völlige und teilweise Unmöglichkeit.

Die einzelnen Modalitäten der geschuldeten Leistung ergeben sich regelmässig aus dem das Schuldverhältnis begründenden Vertrage und, soweit darüber keine besonderen Bestimmungen im Vertrage getroffen sind, treten die Verkehrssitte und die dispositiven Vorschriften des Gesetzes an die Stelle privater Abmachungen, sodass jedenfalls immer festgestellt werden kann, was für eine Leistung vom Schuldner zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit zu bewirken ist. Wenn die Leistung nun in irgend einer Beziehung unmöglich wird, so kann sie nicht mehr so bewirkt werden, dass sie als Erfüllung des Schuldverhältnisses gelten kann. Ganz unbedeutende Abweichungen von der vertraglich bestimmten Leistung können

[1]) Kisch S. 24.

allerdings nach Treu und Glauben überhaupt nicht in Betracht kommen [1]).

Ob die Unmöglichkeit der Leistung in einzelnen Beziehungen als völlige oder teilweise Unmöglichkeit zu betrachten ist, hängt von dem Inhalt des Schuldverhältnisses ab [2]). Bildete gerade die unmöglich gewordene Seite der Leistung nach dem Willen der Parteien eine so wesentliche Bedingung derselben, dass eine Leistung ohne sie überhaupt nicht als eine von den Parteien gewollte angesehen werden und darum auch nicht als Erfüllung des Schuldverhältnisses dienen kann, so ist die vertragsmässige Leistung eben völlig unmöglich geworden. Erscheint dagegen die unmöglich gewordene Modalität nicht derart wesentlich, so kann die Leistung in ihren übrigen Beziehungen noch bewirkt werden, und wir sprechen dann von teilweiser Unmöglichkeit. Wird die Leistung in diesem Falle, soweit sie noch möglich ist, bewirkt, so kann sie doch nicht der vertragsmässigen Leistung als gleichwertig erachtet werden, und es knüpfen sich daher auch an die teilweise Unmöglichkeit noch rechtliche Wirkungen.

Nicht als Merkmal der völligen Unmöglichkeit einer Leistung kann der Umstand dienen, dass die Gläubiger an dem noch möglichen Teile der Leistung kein Interesse haben. Das ergiebt sich daraus, dass das Bürgerliche Gesetzbuch für diese Fälle, wenn der Schuldner die Unmöglichkeit zu vertreten hat, in den §§ 280 Abs. 1, 325 Abs. 1 S. 2 ausdrücklich dem Gläubiger Schadensersatz wegen der ganzen Verbindlichkeit einräumen muss und bei dieser Gelegenheit auch eine solche Unmöglichkeit, bei welcher der Gläubiger an dem noch möglichen Teile der Leistung kein Interesse hat, als teilweise bezeichnet [3]).

---

[1]) Vgl. R. G. I 217 und in Anwendung auf den Kaufvertrag § 459 B. G. B.

[2]) Vgl. oben Planck Vorbem. zu §§ 75—79, Nr. 2a.

[3]) Vgl. Titze S. 51. Crome II S. 36, Note 28.

Schon im vorhergehenden Abschnitt ist die Unmöglichkeit der Leistung in Beziehung auf die Zeit in Untersuchung gezogen und es ist dabei der Schluss gezogen worden, dass vorübergehende Unmöglichkeit der Leistung zur Erfüllungszeit nur als teilweise Unmöglichkeit angesehen werden kann[1]).

Hier ist noch zu erwähnen, dass stets auch der Verzug des Schuldners eine teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Beziehung auf die Zeit zur Folge hat. Denn es liegt im Wesen der Zeit, dass der Schuldner, nachdem er die Leistung zur gehörigen Zeit versäumt hat, niemals mehr zur vereinbarten Zeit leisten kann[2]).

Ist die Leistung an dem vertraglich bestimmten Orte unmöglich, so liegt völlige Unmöglichkeit vor, wenn mit Rücksicht auf den Vertragszweck die Leistung an einem andern Orte nicht mehr als ein Teil des vereinbarten Leistungsinhaltes angesehen werden kann[3]).

Endlich aber kann auch die Leistung in Beziehung auf ihren Gegenstand von der Unmöglichkeit getroffen werden. Hier tritt die Frage, ob völlige oder teilweise Unmöglichkeit vorliegt, dann auf, wenn der Schuldner nicht mehr alles, aber noch etwas von dem, was er nach Inhalt des Vertrages leisten soll, leisten kann. Von einer völligen Unmöglichkeit kann nur dann die Rede sein, wenn das Leistungsobjekt vollständig untergegangen oder zwar an und für sich noch vorhanden, aber derartig verändert ist, dass jetzt dem Wesen und den Eigenschaften nach etwas von dem vereinbarten Leistungsobjekt gänzlich Verschiedenes vorliegt. Der Gegenstand der Leistung kann in seiner Quantität betroffen sein. Eine solche teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Beziehung auf die Quantität setzt durchaus nicht juristische Teilbarkeit

[1]) Vgl. oben.

[2]) Vgl. Kleineidam S. 25, Titze 41, Planck § 284 unter 1. Die Polemik Dernburg's Bd. II Abt. I S. 152 gegen diese Ansicht entbehrt der Begründung.

[3]) Vgl. Titze 43, Kisch 167 f.

der Leistung voraus. Vielmehr kann bei allen zusammengesetzten Leistungen, die ja gegenüber den ganz einfachen Leistungen die grosse Mehrzahl bilden, teilweise Unmöglichkeit eintreten, wenn die Leistung in einer einzelnen Beziehung nicht bewirkt werden kann. Eine entgegengesetzte Ansicht wird von Kisch 161—165, Planck Vorbem. zu §§ 275—279 Nr. 2, ebd. mit Vorbem. zu §§ 644, 645 Nr. 3a und Cosack I 343 vertreten, wonach in den Fällen, wo eine unteilbare Leistung vorliegt, die Nichtleistung in einzelnen Beziehungen als vollständige Nichtleistung zu behandeln sei.

Gegen diese Ansicht wird von Schoeller (Beiträge 45. Jahrgang S. 540) mit Recht geltend gemacht, dass das Gesetz selbst nicht den geringsten Anhalt für eine derartige Unterscheidung bietet. Andererseits ist aber auch zu beachten, dass die Bestimmungen in § 323 Abs. 1 B. G. B. durch Parteivereinbarung abgeändert werden können. So werden die Parteien beim Verkauf eines gleichfarbigen Viergespannes gerade die Vierzahl der Pferde wohl regelmässig zu einer derartig wesentlichen Vertragsbedingung machen, dass die Lieferung von drei Pferden, wenn eins zufällig krepirt ist, auch nicht als teilweise Erfüllung betrachtet werden kann[1]).

Teilweise Unmöglichkeit der Leistung in Beziehung auf die Quantität liegt auch dann vor, wenn der Schuldner aus einem Vertrage zu mehreren verschiedenartigen und selbstständigen Leistungen verpflichtet ist und eine derselben nicht bewirken kann.

Endlich kann auch teilweise Unmöglichkeit gegeben sein, wenn eine Nebenleistung unmöglich wird. Wird dagegen die Hauptleistung unmöglich, so wird in den meisten Fällen völlige Unmöglichkeit anzunehmen sein, wenn auch noch die Nebenleistung möglich ist. Ebenso wird man auch dann nicht mehr nur teilweise Unmöglichkeit als vorliegend erachten dürfen, wenn nur

[1]) Vgl. auch Staub Kommentar z. H. G. B. § 274 Anm. 114 und 115.

noch ein ganz unerheblicher Teil der Leistung bewirkt werden kann.

Die teilweise Unmöglichkeit der Leistung kann schliesslich auch auf einem Qualitätsmangel beruhen, der sich nicht beheben lässt[1]).

Die Thatsache, dass man von einer mangelhaften Leistung spricht, setzt voraus, dass man die ursprüngliche Leistung noch als existirend betrachtet. Ob im konkreten Falle vollständige Unmöglichkeit, durch Umwandlung der Leistung in eine andere begründet, vorliegt, oder ob es sich nur um eine teilweise Unmöglichkeit handelt, die durch einen nicht zu beseitigenden Mangel hervorgerufen ist, richtet sich nach den jeweiligen besonderen Verhältnissen.

Die Entscheidung wird sich unter Umständen recht schwierig gestalten. So lange der Mangel bezüglich der Qualität ganz gering ist, wird es keinem Zweifel unterliegen, dass nur eine teilweise Unmöglichkeit vorliegt. Denkt man sich nun den Qualitätsmangel immer grösser werdend, so ist es auch jetzt bis zu einer gewissen Grenze möglich, bestimmt zu entscheiden, dass die zu leistende individuelle Sache ihrem Wesen nach noch existiert, wenn auch mit einem starken Qualitätsmangel behaftet. Je stärker aber der Mangel wird, je mehr das ganze Wesen der Sache unter ihm leidet, um so zweifelhafter wird es, ob noch dieselbe Sache, mit einem Mangel behaftet, vorhanden ist, oder ob sich bereits unter dem Einflusse eines Mangels die ursprüngliche Sache in eine ihrem Wesen und ihren Eigenschaften nach völlig verschiedene verwandelt hat, so dass von einem Mangel nicht mehr die Rede sein kann. Für solche Grenzfälle lässt sich abstrakt keine bindende Entscheidung treffen. Kommt man unter Berücksichtigung der Umstände des Einzelfalles sowie der Verkehrsauffassung zu dem Schlusse, dass die zu leistende individuelle Sache noch vorhanden, aber mit einem nicht zu beseitigenden Mangel behaftet

[1]) Ebenso Enneccerus I 470, Crome II 124.

ist, so begründet dieser letztere, wie oben bemerkt, immer nur eine teilweise Unmöglichkeit.

V. Zufällige und verschuldete Unmöglichkeit.

Bereits mit Beziehung auf die Rechtswirkungen, die sich an die Unmöglichkeit knüpfen, unterscheiden wir, je nachdem der Schuldner den Umstand, welcher die Unmöglichkeit bewirkt hat, zu vertreten hat, oder nicht, verschuldete und zufällige Unmöglichkeit. Bei dieser Bezeichnung wird nicht verkannt, dass der Schuldner, wie im Folgenden des Weiteren ausgeführt werden wird, unter Umständen auch für Zufall einzustehen hat, dass infolgedessen die Grenzen durch die Bezeichnung nicht ganz genau hervorgehoben werden. Indessen verdienen diese Ausdrücke, da sie den Hauptunterschied klar kennzeichnen, wegen ihrer Kürze den Vorzug vor der neutralen Ausdrucksweise des Bürgerlichen Gesetzbuchs, das von „Unmöglichkeit infolge eines Umstandes, den der Schuldner zu vertreten oder nicht zu vertreten hat", spricht.

Als Zufall bezeichnet der allgemeine Sprachgebrauch ein Ereignis, das ungewollt und unvorhergesehen eintritt, ohne Rücksicht darauf, ob diesem Ereignis eine rechtliche Bedeutung zukommt oder nicht. Für die Jurisprudenz kommen nur solche zufällige Ereignisse in Betracht, die irgend einen Vermögensschaden veranlassen. Die ältere gemeinrechtliche Lehre suchte nun unter Absehung vom konkreten Einzelfalle, den Begriff des Zufalls objektiv und allgemeingültig festzustellen. Man bezeichnete als zufällige solche Ereignisse, die ohne irgend einen Willen eintreten, die nicht vorhergesehen und nicht vermieden werden können. Diese Auffassung ist zu allgemein, es giebt kaum Ereignisse, die nicht vermieden werden können. Diese Auffassung wird aber auch nicht dem Wesen der Schuldverhältnisse gerecht und gerade bei diesen ist die Frage von grösster Bedeutung. Da es sich bei ihnen um die Verbindlichkeit einer bestimmten Person handelt, kann die Frage, ob diese Person für ein Ereignis, das

die Verbindlichkeit trifft, zu haften hat, auch nur von ihrem subjektiven Standpunkt aus Beantwortung finden können, je nachdem sie das schädigende Ereignis herbeigeführt hat oder voraussehen und abwenden konnte[1]). So hat denn auch die neuere Lehre des gemeinen Rechts den Zufall als einen rein negativen Grenzbegriff definiert. Sie bezeichnet den Zufall als „Negation der Schuld, also jedes schädigende Ereignis, das im vorliegenden Falle dem Subjekte, von welchem die Rede ist, nicht zur Schuld zu rechnen ist", oder mit Beziehung auf ein bereits bestehendes Schuldverhältnis „als ein Ereignis in Betreff dessen dem Debitor kein von ihm zu vertretendes Verschulden zur Last fällt"[2]). Auch für das Bürgerliche Gesetzbuch, das besondere Vorschriften darüber, wann ein Ereignis als zufällig anzusehen sei, nicht aufgestellt hat, ist der Zufall als ein relativer Gegensatz gegen das Verschulden einer bestimmten Person anzusehen, deren Haftung dafür, dass ein bestimmtes Ereignis eingetreten oder nicht eingetreten ist, in Frage steht[3]). Bei Regelung der Rechtsfolgen der Unmöglichknit der Leistung vermeidet das Gesetzbuch das Wort Zufall, es redet lediglich von Umständen, die der Schuldner bezw. der Gläubiger zu vertreten oder nicht zu vertreten hat.

Die Frage, wann „zufällige" Unmöglichkeit in dem am Eingang angegebenen Sinne vorliegt, bedarf also keiner weiteren Untersuchung. Ihre Beantwortung ist rein negativ: Eine Leistung ist für den Schuldner zufällig unmöglich geworden, wenn er den für die Unmöglichkeit kausalen Umstand nicht zu vertreten hat.

Welche Umstände der Schuldner zu vertreten hat, ist eine Frage des konkreten Falles, die sich abstrakt in keiner Weise beantworten lässt, nicht einmal für Schuldverhältnisse gleicher Art, da im einzelnen Falle

---

[1]) Vgl. Kisch S. 36 f.
[2]) Vgl. Kuhlenbeck Jur. V. 98 S. 237 I.
[3]) Vgl. Zitelmann I 171, Matthiass I 273, Cosack I 245.

die Vertretungspflicht durch Vereinbarung erweitert oder beschränkt werden kann. Es soll deshalb diese Frage in Folgendem nur kurz skizzirt werden.

Als Hauptfall der Vertretungspflicht des Schuldners, nach dem wir auch die von ihm zu vertretende Unmöglichkeit bezeichnet haben, ist sein Verschulden zu nennen.

Der Schuldner haftet nach § 276 B. G. B. für Vorsatz. Diese Haftung kann ihm nicht im Voraus erlassen werden.

Sodann haftet der Schuldner auch für Fahrlässigkeit, falls er nicht durch Vertrag von dieser Haftung befreit ist.

Regelmässig haftet er schon dann, wenn er das schädigende Ereignis hätte voraussehen können und die im Verkehre übliche Sorgfalt nicht beobachtet hat. Für gewisse Schuldverhältnisse verlangt jedoch das Gesetz von ihm eine minder grosse Aufwendung von Sorgfalt.

Nur für grobe Fahrlässigkeit haftet der Schuldner bei der Schenkung (528), der Leihe (599), der Geschäftsführung ohne Auftrag zur Abwendung dringender Gefahr (680), bei Verzug des Gläubigers (300) und als Finder (968). In diesen Fällen genügt es, wenn er die Sorgfalt eines Durchschnittsmenschen beobachtet.

In anderen Fällen wieder braucht er nur für diejenige Sorgfalt aufzukommen, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden pflegt. Er muss dann zwar stets für grobe Fahrlässigkeit einstehen, hat aber davon abgesehen, nur dasjenige Mass von Sorgfalt zu beobachten, das er in eigener Angelegenheit gewöhnlich gebraucht, und ist immer von Haftung frei, wenn er die im Verkehr erforderliche Sorgfalt beobachtet hat. Es kommen hier in Betracht die Haftung des Verwahrers, wenn die Verwahrung unentgeltlich geschieht (§ 690 B. G. B.), des Gesellschafters (§ 708), des Ehegatten (§ 1359), der Eltern als Inhaber der elterlichen Gewalt (§§ 1664, 1686). In den Fällen, wo der Schuldner nur zur Beobachtung der Sorgfalt eines Durchschnittsmenschen, oder der Sorgfalt, die er in eigenen Angelegenheiten anzuwenden

pflegt, verpflichtet ist, kann es also vorkommen, dass er die von ihm durch leichte Fahrlässigkeit, also durch sein Verschulden herbeigeführte Unmöglichkeit der Leistung nicht zu vertreten braucht. Insoweit deckt sich also die verschuldete Unmöglichkeit nicht mit der Unmöglichkeit, die durch einen vom Schuldner zu vertretenden Umstand herbeigeführt ist.

In den folgenden Fällen haftet der Schuldner für die ohne sein Verschulden also zufällig eingetretene Unmöglichkeit der Leistung, so dass also in dieser Richtung der Begriff der zu vertretenden Unmöglichkeit weiter ist, als der der verschuldeten Unmöglichkeit.

Nach § 278 B. G. B. hat der Schuldner „auch ein „Verschulden seines gesetzlichen Vertreters und der „Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbind„lichkeit bedient, in gleichem Umfange zu vertreten, wie „eigenes Verschulden". Die Bedeutung dieser Bestimmung ist lebhaft umstritten.

Was zunächst die Haftung für Verschulden des gesetzlichen Vertreters angeht, so beschränkt sich diese auf die in den Geschäftskreis der Vertretung fallenden Handlungen[1]).

Sodann können als Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient, nur solche Personen angesehen werden, die er freiwillig zuzieht, dagegen z. B. nicht ein Geschäftsführer ohne Auftrag. Zur Erfüllung seiner Verbindlichkeit bedient er sich dieser Personen nur dann, wenn zwischen der Thätigkeit, die sie enthalten sollen, und der Leistung, die als Erfüllung dienen soll, ein innerer, sachlicher Zusammenhang besteht. Es genügt nicht schon irgend ein zufälliges, rein äusserliches Zusammentreffen. Schwierig wird es sein, zu unterscheiden zwischen den Personen, deren er sich zur Erfüllung seiner Verpflichtung zur custodia bedient, und solchen, denen er nur die Möglichkeit einer Einwirkung auf die Sache gewährt, die er dem Gläubiger herauszu-

[1]) Vgl. Titze 87, Kisch 104.

geben hat. Letztere Personen fallen nicht unter die Vorschrift des § 278[1]). Hat der Schuldner nach dem Inhalte des Schuldverhältnisses nur für grobe Fahrlässigkeit oder Beobachtung der in eigenen Angelegenheiten gewöhnlich angewandten Sorgfalt einzutreten, so haftet er auch bei dem Gehülfen im gleichen Masse, das ergiebt sich einmal aus dem deutlichen, sonst aber unverständlichen Wortlaute des Gesetzes. Sodann aber ist auch nicht ersichtlich, warum der Schuldner, falls er leichte Fahrlässigkeit zu vertreten hat, gleich um so viel schärfer haften soll. Hier wie dort liegt ein Handeln auf eigene Gefahr vor, und es genügt, dass die Haftung des Schuldners für fremdes Verschulden sich nach dem Grade richtet, nach dem er auch für eigenes Verschulden haftet[2]).

Selbstverständlich kann durch Vereinbarung die Haftung für Verschulden dieser Personen auch für Vorsatz, ausgeschlossen werden § 278 Abs. 2 B. G. B. Die von Matthiass I 377 bejahte, von Dernburg a. a. O. S. 147 verneinte Frage, ob der Schuldner für die von einer Hülfsperson bei Gelegenheit ihrer Mitwirkung zur Erfüllung begangene unerlaubte Handlung haftet, interessiert hier nicht, da es sich hier ja gerade um die Unmöglichkeit der Erfüllung handelt.

Nach § 279 B. G. B. hat der Schuldner bei Genusobligationen, „so lange die Leistung aus der Gattung „möglich ist, sein Unvermögen zur Leistung auch dann „zu vertreten, wenn ihm ein Verschulden nicht zur Last fällt". Auch die Tragweite dieser Bestimmung ist streitig. Unstreitig ist, dass es sich hier nicht um (objektive) Unmöglichkeit handelt, sondern nur um Unvermögen (subjektive Unmöglichkeit).

[1]) Vgl. Matthiass I, 377, Dernburg Bd. 2. I, 146, Titze 90, Crome II 113 f.

[2]) Vgl. Planck § 278 Nr. 2, Crome II 119, Matthiass I 377, Kisch 105, Titze 91, dagegen wollen Dernburg Bd. 2 S. 147 und andere den Schuldner, der nur grobe Fahrlässigkeit zu vertreten hat, für Verschulden seiner Hülfspersonen überhaupt nicht haften lassen.

Während aber Kleineidam S. 125 Titze 92 und Andere die Bestimmung mit Rücksicht auf ihre allgemeine Fassung dahin auslegen wollen, dass der Schuldner jedes Unvermögen zur Leistung zu vertreten habe, folgert die Mehrzahl der Schriftsteller aus dem Grundgedanken des § 279, dass diese Vorschrift nur auf dasjenige Unvermögen anzuwenden sei, welches die Leistung aus der Gattung verhindere, weil der Schuldner keine Gattungssachen der gedachten Art zur Verfügung habe, sich aber nicht auf bloss persönliche Verhinderungen beziehe, welche auf den Gegenstand der Leistung keinen unmittelbaren Bezug hätten [1]), so dass also in Fällen der letztgenannten Art immer noch zu untersuchen ist, ob ein zu vertretendes Verhalten des Schuldners vorliegt.

Die letztere Ansicht, wonach die Bestimmung im Wesentlichen nur den Satz: genus perire non censetur zum Ausdruck bringt, verdient den Vorrang. Dass es sich hier nicht um objektive sondern nur um subjektive Unmöglichkeit handelt, geht aus dem von dem Gesetze gebrauchten Worte Unvermögen zur Genüge hervor und bedurfte deshalb keiner Betonung. Wenn nun noch einmal noch besonders bemerkt ist „so lange die Leistung aus der Gattung möglich ist", haftet der Schuldner, so ist daraus zu schliessen, dass hier das Unvermögen zur Leistung gerade Stücke aus der Gattung treffen solle, d. h. dasjenige Unvermögen, das nicht in irgend welchen anderen Beziehungen seinen Grund hat, sondern darin, dass der Schuldner Exemplare dieser Gattung nicht zur Verfügung hat. Es liegt ja auch weiter gar kein Grund vor, im Übrigen die Genusobligation anders zu behandeln, als die Verpflichtung zur Leistung einer individuell bestimmten Sache. Es kann sonach der Schuldner auch bei Gattungsverbindlichkeiten durch Unvermögen befreit werden, wenn z. B. ein Zufall die zur Leistung erforderliche persönliche Mitwirkung unmöglich macht. Seinem Wortlaute nach erstreckt sich § 279 nicht auf solche

[1]) Kisch 117 und die das. Anm. 28 citirten, sowie Crome II 231.

Leistungen, die zwar individuell bestimmt sind, bei denen aber von vornherein davon ausgegangen wird, dass der Schuldner sie durch Aufwendung von Geldmitteln bewirken soll. Wenn der Schuldner hier die Leistung nicht bewirken kann, weil er nicht genügende Barmittel besitzt, ist § 279 analog zur Anwendung zu bringen[1]).

In § 701 B. G. B. wird dem Gastwirt, der gewerbsmässig Fremde zur Beherbergung aufnimmt, aufgegeben, den im Betriebe dieses Gewerbes aufgenommenen Gästen den Schaden zu ersetzen, den sie durch den Verlust oder die Beschädigung eingebrachter Sachen erleiden. Er kann sich befreien durch den Nachweis, dass der Gast selbst oder gewisse, zu ihm in Beziehung stehende Personen den Schaden verursacht haben, oder dass der Schaden durch die Beschaffenheit der Sachen oder durch höhere Gewalt entstanden sei. Er haftet also für Zufall bis zur Grenze der höheren Gefahr. Die Untersuchung der aus dem gemeinen Recht in das Recht des B. G. B. mit hinüber genommenen Streitfrage über diesen Begriff würde hier zu weit führen.

Nach § 287 B. G. B. ist der Schuldner „auch für die „während des Verzugs durch Zufall eingetretene Unmög-„lichkeit verantwortlich". Hier wird nur scheinbar dem Schuldner eine Haftung für Zufall auferlegt, da der Verzug ein Verschulden des Schuldners voraussetzt, der Schuldner aber durch den Nachweis, dass zwischen dem Verschulden und dem durch die Unmöglichkeit dem Gläubiger entstandenen Schaden kein Kausalzusammenhang besteht, seine Haftung abwenden kann[2]). In Wirklichkeit haftet der Schuldner hier also nicht für Zufall, sondern für sein Verschulden.

Beim zufälligen Unmöglichwerden einer Leistung entsteht die Frage: „Wer trägt die Gefahr?"

---

[1]) Vgl. Titze 94, Planck § 279 N. 2, Kisch 121.

[2]) Vgl. Zitelmann I 171 unter 2.

Unter „Gefahr“ im juristischem Sinne versteht man die Möglichkeit des Eintritts eines zufälligen[1]) Ereignisses, das einen wirtschaftlichen Schaden zur Folge hat. Eine solche Möglichkeit besteht für alle menschlichen Vermögenswerte, und „die Gefahr tragen“ heisst mit einer solchen Möglichkeit rechnen müssen. Tritt das Ereignis nun wirklich ein, so entsteht ein Schaden, wenn der betroffene Gegenstand zu irgend einem Vermögen in rechtlicher Beziehung steht und kein Ersatz für den Schaden in dieses Vermögen gelangt. Auch mit Rücksicht auf einen bereits durch Zufall entstandenen Schaden spricht man vom Tragen der Gefahr und bezeichnet damit dessen rechtliche Verknüpfung mit einem bestimmten Vermögen. So lange hier nur ein Vermögen in Frage steht, ist es selbstverständlich, dass der Schaden sich nur an dieses Vermögen knüpfen kann; es kommt überhaupt sonst niemand in Frage, der die Gefahr zu tragen hätte. Die Gefahr eines solchen zufälligen Schadens kann man jedoch durch Versicherungsverträge auf andere abwälzen. Anders dagegen verhält es sich, wenn der von dem zufälligen Schaden betroffene Gegenstand das Objekt eines Schuldverhältnisses bildet, wenn also eine Person diesen Gegenstand zu leisten verpflichtet, eine andere ihn zu fordern berechtigt ist. Hier steht der Schaden zu zwei Vermögen in rechtlicher Beziehung und es entsteht deshalb die Frage: Welches Vermögen wird von dem Schaden betroffen? Hat der Gläubiger oder der Schuldner die Gefahr zu tragen? Der Gläubiger trägt bei einseitigen Schuldverhältnissen die Gefahr, wenn er seinen Anspruch auf die betroffene Leistung verliert, ohne dafür Ersatz zu erlangen, der Schuldner, wenn er dem Gläubiger Ersatz leisten muss. Bei gegenseitigen Verträgen trägt der Schuldner die Gefahr, wenn er die Gegenleistung nicht erhält, der Gläubiger, wenn er trotz

[1]) Das B. G. B. gebraucht das Wort Gefahr nur mit Beziehung auf einen zufälligen Schaden. Vgl. Kisch 44 Anm. 2.

des Untergangs der ihm geschuldeten Leistung die ihm obliegende Leistung bewirken muss[1]).

Nach einer von Crome II 170 und 414 f vertretenen Meinung soll nur der Gläubiger die Gefahr tragen können. Er unterscheidet zwischen periculum obligationis und periculum rei und führt aus, der Verlust, den ein Schuldner durch den Untergang der geschuldeten Sache erleide, treffe ihn als Eigentümer, nicht als Vertragspartei. Wirtschaftlich trägt jedoch auch der Schuldner die Gefahr. Denn er ist zur Hingabe der Sache verpflichtet und hat einen durch die Hingabe bedingten Anspruch auf die Gegenleistung. Die Sache hätte er also so wie so verloren; aber durch ihren Untergang verliert er den Anspruch auf die Gegenleistung. Die Unterscheidung zwischen periculum rei, Gefahrtragung kraft allgemeiner Rechtsgrundsätze, und periculum obligationis, Gefahrtragung krafts besonderer schuldrechtlicher oder vertraglicher Bestimmungen ist praktisch nicht von grosser Bedeutung.

Im Folgenden soll nun noch näher untersucht werden, welche Folgen die nachfolgende, vom Verkäufer nicht zu vertretende Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen hat. Es wird dabei vor allem die wichtigste Frage zu beantworten sein, ob der durch die Unmöglichkeit verursachte Schaden den Verkäufer trifft, indem er seinen Anspruch auf den Kaufpreis verliert, oder den Käufer, der, ohne das Kaufobjekt zu erhalten, den Kaufpreis an den Verkäufer entrichten muss. Insoweit deckt sich unser Thema mit der Lehre von der Gefahrtragung beim Kaufe. Darüber hinaus sind aber auch noch etwaige andere Folgen der Unmöglichkeit, beispielsweise das Recht des Käufers auf das stellvertretende Commodum zu behandeln und festzustellen, die mit der Gefahrtragung nichts zu thun haben. Andererseits sind die Voraussetzungen der Lehre von der Gefahrtragung nicht so eng, wie die unserer Aufgabe, da die Frage, wer die Gefahr zu tragen hat, nicht nur auftaucht, wenn

[1]) Ober-Trib. 11 S. 246 ff.

eine Leistung unmöglich geworden ist, sondern schon dann, wenn irgend ein Schaden entstanden ist, z. B. durch den Untergang einer generisch geschuldeten Sache.

---

§ 3.

Die nachfolgende vom Verkäufer nicht zu vertretende Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung.

Gemäss § 433 B. G. B. wird der Verkäufer einer Sache durch den Kaufvertrag verpflichtet, dem Käufer die Sache zu übergeben und das Eigentum an der Sache zu verschaffen, der Verkäufer eines Rechtes, dem Käufer das Recht zu verschaffen, und wenn das Recht zum Besitze einer Sache berechtigt, die Sache zu übergeben.

Die Übergabepflicht wird regelmässig erfordern, dass der Verkäufer dem Käufer den Eigenbesitz an der Sache einräumt, entweder durch körperliche Übergabe oder mittels der brevi manu traditio (vgl. § 229 B. G. B.). Aber auch durch constitutum possessorium (§ 930) oder Abtretung des Eigentumsanspruches (§ 931) kann der Verkäufer im Einverständnisse mit dem Käufer seiner Übergabepflicht genügen. Der Käufer braucht sich zwar mit diesen Ersatzmitteln nicht zu begnügen und kann auf Grund des Kaufvertrages Einräumung des unmittelbaren Besitzes verlangen. Wenn er sich jedoch mit einem solchen Ersatzmittel einverstanden erklärt — gegen seinen Willen kann ihm ja der Verkäufer das Eigentum auf solche Weise nicht verschaffen — so hat der Verkäufer seine Verpflichtung zur Übergabe wie durch körperliche Übergabe erfüllt[1]).

Sodann hat der Verkäufer einer Sache dem Käufer das Eigentum deren, der Verkäufer eines Rechtes dieses

---

[1]) Ebenso Titze 259, Kisch 62, Matthiass I 489, Enneccerus I 592 Anm. 8, Cosack I 405, Crome II 416, a. m. Planck 446 No. 2 b. d. der nur körperliche Übergabe und brevi manu traditio als ausreichende Erfüllung der Übergabepflicht anerkennt.

Recht zu verschaffen. Auf welche Weise er dieser Verpflichtung nachkommt, richtet sich im einzelnen Falle nach den für die Übertragung des betr. Rechts geltenden Vorschriften. Der Verkäufer muss den verkauften Gegenstand frei von Rechten verschaffen, die von Dritten gegen den Käufer geltend gemacht werden können. § 434 B. G. B. Als solche kommen vor allem dingliche Rechte in Betracht, aber auch persönliche Rechte, wie Miete und Pacht, und Veräusserungsverbote. Soweit solche Rechte Dritter an der Sache bestehen, hat er sie zu beseitigen.

Dazu kommen noch gewisse Nebenverbindlichkeiten des Verkäufers, zur Auskunftserteilung, zur Auslieferung von Urkunden nach § 444, zur Tragung gewisser Vertragskosten nach § 448, 449 B. G. B. Im Folgenden interessiert uns nur die nachträgliche Unmöglichkeit der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtungen aus dem Kaufvertrage, und zwar nur, soweit sie nicht von ihm zu vertreten ist. Die Untersuchung erstreckt sich also nur auf solche Fälle, wo der Verkäufer zur Zeit des Vertragsabschlusses zu einer in jeder Hinsicht vertragsmässigen Leistung imstande war und erst durch einen später eingetretenen von ihm nicht zu vertretenden Umstand dazu ausser Stande gesetzt worden ist. Es sei auch hier noch einmal bemerkt, dass das nachträgliche eingetretene zufällige Unvermögen abgesehen von den Fällen des Genuskaufs immer der nachträglichen zufälligen Unmöglichkeit gleichzuachten ist.

Soweit nicht entgegenstehende Vereinbarungen getroffen sind, hat der Verkäufer ausser für Vorsatz für Fahrlässigkeit schlechthin einzustehen.

Doch erleidet das Verschuldungsprinzip hier noch eine weitere Ausnahme. Gemäss § 459 B. G. B. haftet der Verkäufer einer Sache dem Käufer dafür, dass sie zu der Zeit, zu welcher die Gefahr übergeht, nicht mit Fehlern behaftet ist, die den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder dem nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauch aufheben oder nicht unerheb-

lich mindern. Diese Bestimmung macht keinen Unterschied, ob die Mängel bereits beim Vertragsschlusse bestanden oder erst später eingetreten sind und letzterenfalls, ob sie mit oder ohne Verschulden des Verkäufers eingetreten sind. Da aber auch Qualitätsmängel, um die es sich hier handelt, wenn sie nicht behoben werden können, teilweise Unmöglichkeit der Leistung bewirken, hat mithin der Verkäufer auch für solche zufällig nach Vertragsschluss eingetretene teilweise Unmöglichkeit der Erfüllung in der in §§ 462 ff B. G. B. näher bezeichneten Weise einzustehen. Das ganze Gebiet der Haftung des Verkäufers für Qualitätsmangel der verkauften Sache, scheidet daher aus unserer Untersuchung aus, weil sie eine unter allen Umständen vom Verkäufer zu vertretende Unmöglichkeit bewirken[1]).

Die in § 401 statuierte Ausnahme von dieser Vertretungspflicht des Verkäufers für die Fälle, dass eine Sache auf Grund eines Pfandrechts in öffentlicher Versteigerung als Pfand verkauft wird, ist mit Rücksicht auf die nachträgliche Unmöglichkeit nur von geringer Bedeutung, da regelmässig Vertragsschluss und Gefahrübergang zeitlich dicht beisammen liegen werden.

Von einigen Schriftstellern[2]) wird eine gleiche Ausnahme für den Fall angenommen, wenn nachträglich zufällig ein Mangel im Rechte eingetreten ist, so dass der Verkäufer die ihm durch den Kaufvertrag auferlegten Verpflichtungen nicht in vollem Umfange erfüllen kann. Aus § 437 Abs. 1 B. G. B. kann man jedoch diese Ansicht nicht begründen. Hierdurch sollte lediglich die zweifelhafte im gemeinen Rechte streitige Frage entschieden werden, ob der Vertrag über ein nicht bestehendes Recht analog einem solchen über eine nicht existierende Sache, als Vertrag über eine objektiv unmögliche Leistung und deshalb als nichtig angesehen werden müsse, oder ob er nur als Vertrag über eine

[1]) Vgl. Titze 75, 275 ff., Schoeller Beiträge Jahrgang 46 S. 13.
[2]) So Titze 269 und anscheinend auch Matthiass I 493 unter E.

subjektiv unmögliche Leistung und als gültig zu betrachten sei. Der Verkäufer eines Rechtes haftet aus dieser Bestimmung nur für dessen rechtlichen Bestand zur Zeit des Vertragsschlusses[1]).

Die bekämpfte Auslegung hätte sogar zur Folge, dass der Verkäufer eines Grundstücks durch die zufällig nach Abschluss des Kaufvertrages erfolgte Enteignung nicht befreit würde, sondern für Schadensersatz haftete. Eine solche Haftung erscheint ungerechtfertigt und unbillig. Dieser Auslegung des Gesetzes widerspricht aber dazu die Thatsache, dass in § 440 Abs. 1 B. G. B., wo die Folgen der Nichterfüllung geregelt werden, ausdrücklich auch § 223 bezogen wird, der ja den Fall der zufälligen Unmöglichkeit der Leistung betrifft[2]).

Für nachträglich eingetretene Mängel im Rechte hat der Verkäufer sonach nur dann einzustehen, wenn er sie durch sein Verschulden herbeigeführt hat.

Die für den Verkäufer zufällige Unmöglichkeit kann auf einem Umstande beruhen, den der Käufer zu vertreten hat, oder sie kann auch für diesen zufällig sein. Es bedarf keiner weiteren Auseinandersetzungen darüber, dass diese Unterscheidung bei einem gegenseitigen Vertrage, — ein solcher ist ja auch der Kaufvertrag, — wo jeder Teil Schuldner und Gläubiger zugleich ist, von grosser Bedeutung sein muss. Denn es wäre ungerechtfertigt, wenn der eine Teil, der die Leistung des anderen schuldhafter Weise unmöglich gemacht hat, durch dieses Verschulden auch von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung befreit würde. Wir müssen demnach unterscheiden, ob der Käufer die Unmöglichkeit der Erfüllung durch den Käufer zu vertreten hat oder nicht. Zu vertreten hat der Käufer vertragswidrige und unerlaubte Handlungen. Dagegen genügt es nicht, dass der die Unmöglichkeit herbeiführende Umstand in seiner Person oder seiner Sphäre eingetreten ist. Die nachträgliche

[1]) Ebenso Planck § 437 Nr. 1 Abs. 2.

[2]) Vgl. Schoeller Beiträge 46, Jahrg. S. 5 f.

Unmöglichkeit kann total sein, oder partiell. Der Hauptfall der völligen Unmöglichkeit dürfte der Untergang des Kaufobjektes sein. Wenn hier auch noch die Erfüllung einer Nebenleistung, etwa der Auslieferung von Urkunden möglich sein sollte, so ist doch völlige Unmöglichkeit anzunehmen, da eine solche Nebenleistung nur in Verbindung mit der Hauptleistung überhaupt einen Vermögenswert hat. Titze S. 44, 45 will auch dann völlige Unmöglichkeit für den Verkäufer einer Sache annehmen, wenn er entweder nur Besitz oder nur Eigentum verschaffen kann, da jeder der beiden Verpflichtungen, Eigentum und Besitz zu verschaffen, so wesentlich sei, dass die Unmöglichkeit, eine derselben zu erfüllen, als vollständige Unmöglichkeit anzusehen sei. Er begründet seine Ansicht durch einen Hinweis auf die Rechte, die in § 440 Abs. 2 und 4 dem Käufer einer beweglichen Sache, welchem die verkaufte Sache zum Zwecke der Eigentumsübertragung übergeben worden ist, zugesprochen werden wegen des Rechtes eines Dritten, das zum Besitze der Sache berechtigt. Er betont, dass in diesem Falle der Käufer auch bei Untergang der Kaufsache Schadensersatz wegen Nichterfüllung des ganzen Vertrages verlangen könne. Und doch geht gerade aus § 440 hervor, dass regelmässig die Unmöglichkeit, eine der beiden Verpflichtungen zu erfüllen, nur als teilweise Unmöglichkeit betrachtet werden darf. Denn das Recht, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen, wird ausdrücklich davon abhängig gemacht, dass der Käufer nicht im Besitze der Kaufsache bleibt, mag er auch den Besitz durch den Untergang der Sache verlieren. Behält er aber den Besitz der Sache, so gelten die allgemeinen Bestimmungen, wonach er nur teilweise Nichterfüllung geltend machen kann[1]).

Die teilweise Unmöglichkeit kann also einmal darauf beruhen, dass der Verkäufer einzelne der ihm durch den

[1]) Ebenso Planck § 440 Nr. 4 Abs. 2, Schoeller Beiträge 45 Jahrg. S. 545. 46 Jahrg. S. 7 f. Dernburg II Abs. 2 S. 2.

Kaufvertrag auferlegten Verpflichtungen nicht erfüllen kann. Ferner kann die Leistung auch insofern unmöglich sein, als sie nicht in dem vereinbarten Umfange bewirkt werden kann. Wir sprechen in diesem Falle von einem Quantitätsmangel. Unter Umständen kann ein solcher Quantitätsmangel nach der Vereinbarung der Parteien (vgl. § 458 B. G. B.) sich als Qualitätsmangel darstellen. Gleiches gilt, wenn nach den Anschauungen des Verkehrs der Quantitätsmangel als ein Fehler anzusehen ist, welcher den Wert oder die Tauglichkeit zu dem gewöhnlichen oder nach dem Vertrage vorausgesetzten Gebrauche aufhebt oder mindert. Aber auch durch Qualitätsmängel wird nach dem früher Ausgeführten, wenn sie nicht behoben werden können, teilweise Unmöglichkeit bewirkt.

Endlich kann die teilweise Unmöglichkeit darauf zurückzuführen sein, dass Rechte Dritter an dem Kaufgegenstand bestehen, welche der Verkäufer nicht beseitigen kann.

---

§ 4.

Die rechtliche Bedeutung der nachfolgenden vom Verkäufer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der ihm obliegenden Leistung.

Es soll nun noch erörtert werden, welche Wirkungen sich an diese Fälle der vom Verkäufer nicht zu vertretenden Unmöglichkeit der Erfüllung seiner Verpflichtungen knüpfen. Den Verpflichtungen des Verkäufers stehen auf der anderen Seite Verpflichtungen des Käufers gegenüber, vor allem die zur Zahlung des Kaufpreises. Die Unmöglichkeit der vom Verkäufer zu bewirkenden Leistung kann auf die Verpflichtung des Käufers nicht ohne Einfluss bleiben. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat es unternommen, die Rechtswirkungen der Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen allgemein zu normieren. Die in dem allgemeinen Teile des Rechts der Schuldverhältnisse aufgestellten Rechtssätze erleiden dann bei den

einzelnen Schuldverhältnissen gewisse Modifikationen. Es sollen zunächst die Wirkungen der zufälligen nachträglichen Unmöglichkeit bei gegenseitigen Verträgen überhaupt und dann ihre Anwendung auf die Verpflichtungen des Verkäufers dargestellt werden, nachdem vorher noch der Fall, dass die Unmöglichkeit vom Käufer zu vertreten ist, in kurzem zur Erörterung gekommen ist.

A. Die Unmöglichkeit ist vom Käufer zu vertreten.

Es liegt der Thatbestand des § 324 B. G. B. vor, wonach, falls die aus einem gegenseitigen Vertrage dem einen Teile obliegende Leistung unmöglich wird infolge eines Umstandes, den der andere Teil zu vertreten hat, er den Anspruch auf die Gegenleistung behält. Da für den Kaufvertrag eine besondere Regelung dieses Falles nicht getroffen ist, hat die allgemeine Bestimmung zur Anwendung zu kommen.

Der Verkäufer wird also nach § 275 Abs. 1 B. G. B. von der Verpflichtung zur Leistung, soweit diese unmöglich geworden ist, frei, kann aber vom Käufer den Kaufpreis verlangen, mag der verkaufte Gegenstand völlig oder teilweise untergegangen sein, und mag die teilweise Unmöglichkeit auf einem nicht zu beseitigenden Mangel im Rechte oder auf einem Quantitäts- oder endlich auch auf einem Qualitätsmangel beruhen. Denn es kann nicht der Wille des Gesetzgebers sein, dass der Käufer durch einen von ihm selbst verschuldeten Mangel der Kaufsache berechtigt werde, Wandelung oder Minderung vom Verkäufer zu verlangen und ihn dadurch zu nötigen, unter Verzicht auf den Kaufpreis die durch des Käufers Schuld verschlechterte Sache zu behalten oder sich mit einem geminderten Preise zu begnügen. Die Vorschriften der §§ 459 ff. finden daher hier keine Anwendung.

Nach Abs. 1 Satz 2 des § 324 muss sich aber der Käufer dasjenige anrechnen lassen, was er in Folge der

Befreiung von der Leistung erspart oder durch anderweitige Verwendung seiner Arbeitskraft erwirbt oder zu erwerben böswillig unterlässt. Der letzte Teil der Bestimmung wird für den Kauf nur in den seltensten Fällen zur Geltung kommen. Dagegen wird der Verkäufer häufig Frachtkosten, Transportversicherungsprämien, Zölle und ähnliches ersparen und muss die ersparten Beträge von dem Kaufpreis in Abzug bringen. Einen Anspruch auf diese Ersparnisse hat der Käufer gegen den Verkäufer nicht. Er kann bloss nach § 275 B. G. B. bis zum Empfang derselben die Zahlung des Kaufpreises verweigern. Hat er den Kaufpreis gezahlt, so kann er gegen den Verkäufer nur nach den Vorschriften über die ungerechtfertigte Bereicherung vorgehen[1]).

Erlangt der Verkäufer in Folge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht, für den geschuldeten Gegenstand einen Ersatz oder einen Ersatzanspruch, so kann der Käufer nach § 281 Abs. 1 B. G. B. Herausgabe des als Ersatz Empfangenen und Abtretung des Ersatzanspruchs vom Verkäufer verlangen, da dieser, der daneben vom Käufer auch noch den vollen Kaufpreis zu fordern hat, andernfalls ohne Grund auf Kosten des letzteren sich bereicherte[2]).

Dem Falle, dass die Unmöglichkeit infolge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes eingetreten ist, steht es nach Abs. 2 des § 324 gleich, wenn die Leistung des Verkäufers in Folge eines von ihm nicht zu vertretenden Umstandes zu einer Zeit unmöglich wird, wenn der andere Teil im Verzuge der Annahme ist. Also auch hier kann der Käufer bei Qualitätsmängeln die Gewährleistungsansprüche aus §§ 459 ff. nicht geltend machen.

---

[1]) Vgl. Matthiass I 392, Kisch 93, Kleineidam 142. Während hier also der absolute Wert der Ersparnisse angerechnet werden soll, will Planck § 324 Nr. 2a nur relative Anrechnung, Minderung nach § 372 ff. B. G. B. eintreten lassen. Dem dürfte jedoch der Wortlaut des Gesetzes im Wege stehen.

[2]) Kisch 94, Kleineidam 140.

Will der Verkäufer die ihm in § 324 gewährten Ansprüche betreiben, so muss er beweisen, dass seine Leistung unmöglich geworden ist in Folge eines vom Käufer zu vertretenden Umstandes, oder, dass der Käufer im Verzug der Annahme war, dass während dieser Zeit seine, des Verkäufers, Leistung unmöglich geworden ist, und zwar in Folge eines Umstandes, den er nicht zu vertreten hat.

Sache des Käufers ist es dann, zu beweisen, was der Verkäufer infolge der Unmöglichkeit erspart hat, und welchen Ersatz oder welche Ersatzansprüche er erworben hat[1]).

B. Die Unmöglichkeit ist auch vom Käufer nicht zu vertreten.

Allgemeine Bestimmungen für die gegenseitigen Verträge überhaupt.

§ 323 B. G. B. bestimmt:

„Wird die aus einem gegenseitigen Vertrage dem „einen Teil obliegende Leistung in Folge eines Umstandes „unmöglich, den weder er noch der andere Teil zu ver„treten hat, so verliert er den Anspruch auf die Gegen„leistung; bei teilweiser Unmöglichkeit mindert sich die „Gegenleistung nach Massgabe der §§ 472, 473.

„Verlangt der andere Teil nach § 281 Herausgabe des „für den geschuldeten Gegenstand erlangten Ersatzes „oder Abtretung des Ersatzanspruches, so bleibt er zur „Gegenleistung verpflichtet; diese mindert sich jedoch „nach Massgabe der §§ 472, 473 insoweit, als der Wert „des Ersatzes oder Ersatzanspruches hinter dem Werte „der geschuldeten Leistung zurückbleibt.

„Soweit die nach diesen Vorschriften nicht geschuldete „Gegenleistung bewirkt ist, kann das Geleistete nach den „Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten „Bereicherung zurückgefordert werden".

[1]) Vgl. Titze 182, Kisch 81.

Darnach wird der Schuldner [1]), dessen Leistung zufällig unmöglich wird, von seiner Verpflichtung frei, er verliert aber auch seinen Anspruch auf die Gegenleistung. Der Gläubiger kann, wenn er auf die Gegenleistung belangt wird, diesen Anspruch durch Berufung auf die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners dauernd von sich abwenden; der Schuldner trägt also die Gefahr bis zur Erfüllung.

Wird die Leistung nur teilweise unmöglich, so wird auch der Gläubiger nur teilweise von seiner Verpflichtung zur Gegenleistung frei.

Die Gegenleistung mindert sich nach den in den §§ 472, 473 festgestellten Grundsätzen in dem Verhältnis, in dem zur Zeit des Vertragsschlusses die ursprünglich geschuldete Leistung zu dem möglich gebliebenen Teile gestanden haben würde. Hier ist die Gefahr also in der Weise geteilt, dass der Schuldner einen Teil seines Anspruchs verliert, dass dagegen der Gläubiger den noch möglichen Teil der Leistung annehmen und bezahlen muss, wenn dieser auch nicht das geringste Interesse für ihn hat.

Ist an die Stelle der geschuldeten Leistung ein Ersatz oder ein Ersatzanspruch getreten, so kann der Gläubiger nach § 281 Herausgabe des Ersatzes oder Abtretung des Ersatzanspruches verlangen. Verlangt er das stellvertretende commodum, so bleibt er zur Gegenleistung verpflichtet, doch mindert sich dieselbe, wenn die ursprüngliche Leistung mehr wert war, als das commodum nach den Bestimmungen der §§ 472, 473 B. G. B. Hat der Gläubiger seine Gegenleistung bereits bewirkt, so verliert dieselbe mit der nachher eintretenden zufälligen Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners ihre Rechtfertigung, und er kann sie, soweit der Schuldner noch bereichert

[1]) Unter Schuldner wollen wir im Folgenden den Teil verstehen, dessen Leistung unmöglich geworden ist, während wir den anderen, zur Gegenleistung verpflichteten Teil mit Gläubiger bezeichnen wollen.

ist, zurückverlangen; hat er aber geleistet, nachdem die Leistung des Schuldners bereits unmöglich geworden war, so kann er den Anspruch auf Herausgabe nur geltend machen, wenn er bei Bewirkung der Gegenleistung nicht gewusst hat, dass er dazu nicht mehr verpflichtet war. § 817 B. G. Bs. Die Fassung des § 323 könnte bezüglich der Beweiserteilung den Anschein erwecken, als ob der Gläubiger, der seine Befreiung von der Gegenleistung aus dieser Bestimmung geltend machen wollte, behaupten und beweisen müsste, dass er die Unmöglichkeit der schuldnerischen Leistung nicht zu vertreten hätte. Diese Ansicht hat denn auch in der Litteratur ihre Vertretung gefunden. Nun haben wir oben gesehen, dass der Schuldner, der trotz Unmöglichkeit seiner Leistung die Gegenleistung verlangt, beweisen muss, dass die Unmöglichkeit vom Gläubiger zu vertreten ist, da diese Behauptung zum Klagegrund gehört. Deshalb braucht der Gläubiger nur die Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners zu beweisen. Der schwere Exkulpationsbeweis kann ihm nicht aufgebürdet werden. Für diese Auffassung spricht der aus § 282 zu entnehmende Grundgedanke, dass der Schuldner, dessen Leistung unmöglich wird, die Frage, wer für die Unmöglichkeit einzustehen hat, zu beantworten und natürlich auch die Richtigkeit seiner Behauptung beweisen muss. Endlich kann auch noch die Entstehungsgeschichte der Bestimmung zur Begründung der hier vertretenen Ansicht verwertet werden [1]).

Ferner sucht Titze S. 174 ff. darzuthun, dass der Gläubiger, der die Minderung seiner Gegenleistung infolge teilweiser Unmöglichkeit der Leistung des Schuldners geltend mache, ausser dieser teilweisen Unmöglichkeit nicht auch das Wertverhältnis zu beweisen habe, indem der mögliche Teil der Erfüllung zu der ganzen stipulirten Leistung stehe.

[1]) Vgl. Planck § 323 N. 1, Dernburg S. 208 Anm. 1, Kisch 42, Titze 173, Kleineidam 134, Crome II 178.

Das seien überhaupt nicht Dinge, für welche die Parteien beweispflichtig seien. Die Parteien hätten dem Richter nur den Inhalt des eingegangenen Schuldverhältnisses, nur die Thatsachen darzuthun, die abändernd auf dasselbe eingewirkt hätten In welcher Weise und in welchem Umfange die Obligation durch sie verändert worden sei, das gerade wollten die Parteien vom Richter erfahren. Die Argumentation Titze's ist falsch. Wenn der Gläubiger das von ihm behauptete Verhältnis der ursprünglichen zur noch möglichen Restleistung nicht beweisen kann, so hat als wahr zu gelten, dass eine Minderung in diesem Verhältnis nicht eingetreten ist, nicht aber, dass sich seine Gegenleistung überhaupt nicht gemindert hat. Auch muss Titze entsprechend annehmen, dass derjenige, der Schadensersatz verlangt, nur das Entstehen des Schadens überhaupt nachzuweisen hat, während es Pflicht des Richters wäre, kraft seines Amtes die Höhe des Schadens zu bestimmen. Der Gläubiger, der Minderung seiner Gegenleistung einwendet, hat die thatsächlichen Unterlagen der Minderung zu beweisen, dazu gehört aber nicht nur, dass, sondern auch, wieviel weniger geschuldet ist. Bei der Feststellung des Verhältnisses wird der Richter sich des ihm nach § 287 C. P. O. für den Fall der Schadensermittelung eingeräumten erweiterten richterlichen Ermessens bedienen können[1]).

Die Hauptregel des § 323 auf den Kaufvertrag angewandt, würde lauten: Der Verkäufer trägt die Gefahr bis zur Erfüllung. Jedoch ist dieser Grundsatz durch eine Reihe von Vorschriften modificirt. Es ist zu unterscheiden, ob Sachen verkauft sind, oder Rechte, die zum Besitze einer Sache berechtigen, oder andere Rechte. Nur im letzteren Falle findet die Regel des § 323 auf den Kauf uneingeschränkt Anwendung. Der Verkäufer wird also durch nachträgliche, zufällige Unmöglichkeit der Leistung frei, verliert aber auch den Anspruch auf

[1]) Vgl. Kisch 181, Planck § 323 N. 3. A. M. R. G. 7, 33, 8, 224.

den Kaufpreis. Hat er das Recht oder die Forderung dem Käufer übertragen, so behält er den Anspruch auf den Kaufpreis, wenn nach der Übergabe das verkaufte Recht oder die Forderung zufällig untergeht [1]).

Beim Verkaufe einer Sache hat der Verkäufer die Sache zu übergeben und ausserdem das Eigentum dem Käufer zu verschaffen. Seine Verpflichtung zerfällt also in die Herstellung eines thatsächlichen und eines rechtlichen Zustandes. Entsprechend teilt sich auch seine Haftung. Sobald der Verkäufer die Sache übergeben hat, haftet er nicht mehr für den völligen oder teilweisen Untergang des Kaufgegenstandes. Dagegen dauert die Haftung für durch andere Umstände herbeigeführte Unmöglichkeit, insbesondere auch für Unvermögen fort, wenn er seiner Verpflichtung, das Eigentum, bezw. das Recht dem Käufer zu verschaffen, noch nicht nachgekommen ist [2]).

Diese Folgerungen aus § 323 werden von dem Bürgerlichen Gesetzbuch im § 446 Abs. 1 Satz 1 gezogen, wo es bestimmt, dass mit der Übergabe der verkauften Sache die Gefahr des zufälligen Untergangs und einer zufälligen Verschlechterung auf den Käufer übergeht. Durch argumentum e contrario ist aus dieser Bestimmung zu schliessen, dass die der Übergabe vorausgehende Rechtsübertragung auf den Gefahrübergang ohne Einfluss ist. Wenn also der Verkäufer vor der Übergabe der Sache das Eigentum daran verschafft, so behält er trotzdem die Haftung für Sachmängel, die bis zur Übergabe eintreten. Der Fall wird jedoch nach unserer Auffassung nicht praktisch werden können, da wie oben dargethan, auch die Ersatzmittel der Übereignung nämlich constitutum possessorium und Abtretung des Eigentumsanspruchs bei beweglichen Sachen als Übergabe zu gelten haben, für Grundstücke aber der Gefahrübergang besonders geregelt ist. Erfüllt hat der Käufer erst mit

[1]) Vgl. Kisch 66.

[2]) Vgl. Matthiass I 317 unter D., Kisch 66 Anm. 27.

der Übertragung des Besitzes und des Eigentums. Daher decken sich die Vorschriften über den Kauf mit der Bestimmung des § 323 nur insoweit, als der Übergang der Gefahr an die Erfüllung dieser beiden Voraussetzungen geknüpft ist. Dies wird bei beweglichen Sachen regelmässig der Fall sein.

Anders bei Grundstücksverkäufen, wo Übergabe und Eigentumsübertragung — Auflassung und Eintragung des Übergangs im Grundbuche — zeitlich auseinanderfallen. Hier geht die Gefahr entweder mit der Übergabe oder mit der Eintragung des Käufers als Eigentümer in das Grundbuch über, es entscheidet derjenige dieser beiden Akte, welcher zuerst vorgenommen wird, § 446 Abs. 2 B. G. B. Die Motive II S. 323 finden die Rechtfertigung dieser Bestimmung darin, dass es der Natur der Sache, dem Wesen des Kaufvertrags und regelmässig auch dem Parteiwillen widersprechen würde, den Käufer, nachdem er zufolge der Eintragung Eigentümer des Grundstücks geworden ist und damit die rechtliche Vollherrschaft über dasselbe erlangt hat, gleichwohl noch von dem Tragen der Gefahr zu befreien, bis auch die thatsächliche Übergabe erfolgt sein würde. Dabei erscheine es unerheblich, dass der Käufer vor der Übergabe zur Überwachung der Sache nicht imstande sei; es sei seine Sache, das Eigentum des Grundstücks ohne die Möglichkeit einer Überwachung nicht zu übernehmen. Schwierigkeiten bietet der schon in den Motiven hervorgehobene, aber nicht unmittelbar entschiedene Fall, dass ein von A an B verkauftes und übergebenes Grundstück hinterher nochmals von A an C verkauft und aufgelassen und letzterer auch als Eigentümer eingetragen wird, und nun das Eigentum durch Zufall untergeht.

Es wird die Ansicht vertreten, dass keiner der beiden Käufer den Kaufpreis zu zahlen habe. Das ist offenbar ungerecht. Denn bei Bestehen des Grundstücks hätte der Verkäufer einem gegenüber erfüllen und von ihm dann auch den Kaufpreis verlangen können. Demzufolge

kann nach der Ansicht Anderer[1]) der Verkäufer sowohl von B wie von C den Kaufpreis verlangen. Wir haben darnach das unbillig erscheinende Resultat, dass der Verkäufer bei Übergang des Grundstücks den Kaufpreis zweimal verlangen kann, während er ihn bei Bestehen desselben nur einmal hätte verlangen können, da er nur einem der Käufer gegenüber hätte erfüllen können. Dieses soll jedoch dann eine Einschränkung erfahren, wenn der Käufer durch die Übertragung des Eigentums an C dem B gegenüber vertragswidrig oder deliktisch gehandelt hat. Da er dem B auch zur Übertragung des Eigentums verpflichtet war, sich hierzu aber durch die Übertragung des Eigentums an C in einer von ihm zu vertretenden Weise ausser Stande gesetzt hat, soll B nach § 440 Abs. 1 ebd. § 325 Abs. 1. B. G. B. berechtigt sein, Schadensersatz wegen Nichterfüllung zu verlangen oder von dem Vertrage zurückzutreten. Dieses Rücktrittsrecht wird durch den zufälligen Untergang oder die zufällige Verschlechterung nicht ausgeschlossen. §§ 327, 350 B. G. B. B könnte sich also durch Geltendmachung des Rücktrittsrechtes gegen den Anspruch des A auf Zahlung des Kaufpreises schützen[2]).

Auf diese Weise käme man also für die Fälle, in denen der Verkäufer die Eigentumsübertragung an C zu vertreten hat, zu einem der Billigkeit entsprechenden Resultat und diese Fälle werden die Regel bilden. Wie aber, wenn der Verkäufer diese Eigentumsübertragung an C nicht zu vertreten hat? Der Erbe des A lässt das von A dem B übergebene Grundstück auf C umschreiben in unverschuldeter Unkenntnis von dem zwischen A und B geschlossenen Vertrage. Hier könnte er nach der oben wiedergegebenen Ansicht von B und C den Kaufpreis beim zufälligen Untergang des Grundstücks verlangen. Die Regel des § 446 bezieht sich nur auf

---

[1]) Vgl. Schollmeyer S. 8, Titze 262.

[2]) Vgl. Planck § 446 N. 2 l. Matthiass I 516 Anm. 3 und die dort citirten.

das Verhältnis zwischen dem Verkäufer und einem Käufer. Sie will bestimmen, wann die Gefahr auf den Käufer übergeht, nicht auf welchen Käufer sie übergeht. Sind nun mehrere Käufer vorhanden, so müssen wir auf die allgemeinen Grundsätze zurückgreifen und fragen: Welchem Käufer hat der Verkäufer erfüllt? Da er nach dem Kaufvertrage Übergabe und Eigentumsübertragung zu leisten hat, ist anscheinend keinem der beiden Käufer gegenüber vollständig erfüllt. Doch war C, der Eigentümer des Grundstücks geworden ist, kraft seines Eigentums in der Lage, sich jederzeit den Besitz des Grundstücks zu verschaffen, ohne dass er dazu den Verkäufer nötig gehabt hätte, und er wird daran nur durch den Untergang des Grundstücks gehindert, nicht durch dessen Uebertragung zum Besitz an B, deshalb kann er auch diese dem Verkäufer nicht entgegenhalten[1]).

Der mehrfache Verkauf beweglicher Sachen kann nach dem Rechte des B. G. B. zu keinen Schwierigkeiten führen.

Eine weitere Ausnahme von der im § 446 aufgestellten allgemeinen und im Wesentlichen mit § 323 übereinstimmenden Regel bildet die Vorschrift des § 447 Abs. 1 für bewegliche Sachen. Sie lautet: „Versendet „der Verkäufer auf Verlangen des Käufers die verkaufte „Sache nach einem anderen Orte, als dem Erfüllungsorte, „so geht die Gefahr auf den Käufer über, sobald der „Verkäufer die Sache dem Spediteur, dem Frachtführer „oder der sonst zur Ausführung der Versendung be„stimmten Person oder Anstalt ausgeliefert hat".

Geht also die versandte Sache auf dem Transport zufällig unter, so behält der Verkäufer seinen Anspruch auf den Kaufpreis, obwohl er seine Verpflichtung, Übergabe und Übereignung noch nicht erfüllt hatte.

Nach § 56 G. V. G. geht bei der Zwangsversteigerung eines Grundstücks die Gefahr des zufälligen Untergangs in Ansehung des Grundstückes mit dem Zuschlage, in

[1]) Vgl. Kisch S. 63, Crome II 419.

Ansehung der übrigen Gegenstände, welche von der Beschlagnahme noch wirksam umfasst sind, mit dem Schluss der Versteigerung über.

Auch bei Annahmeverzug des Käufers geht die Gefahr über, unabhängig davon, dass der Verkäufer Besitz und Eigentum übertragen hat. Besonderes bestimmt endlich noch das Gesetz für den Erbschaftskauf.

Nach § 2380 trägt der Käufer von dem Abschlusse des Vertrages ab die Gefahr des zufälligen Untergangs und der zufälligen Verschlechterung der Erbschaftsgegenstände. In dieser Bestimmung befindet sich also noch ein Recht der gemeinrechtlichen Regel: periculum est emptoris.

Was im Vorstehenden bezüglich des Gefahrüberganges beim Kaufen von Sachen ausgeführt ist, findet auch Anwendung auf den Gefahrübergang beim Kaufe solcher Rechte, die zum Besitze einer Sache berechtigen, § 451 B. G. B.

Im Folgenden sollen noch einige Sonderarten des Kaufes mit Rücksicht auf die Gefahrtragung einer Betrachtung unterworfen werden.

Bei dem bedingten Kaufe ist zu unterscheiden, ob eine aufschiebende oder auflösende Bedingung vorliegt.

Ist bei aufschiebend bedingtem Kauf die Sache vor Eintritt der Bedingung übergeben und auch untergegangen, so kann der Kaufvertrag durch den Eintritt der Bedingung nicht mehr definitiv werden, da kein Kaufobjekt mehr vorhanden ist. Die Gefahr des Untergangs trägt daher der Käufer bis zum Eintritt der Bedingung. Anders liegt der Fall, wenn die Sache nicht untergegangen ist, sondern sich bloss verschlechtert hat. Alsdann wird mit Eintritt der Bedingung der Kaufvertrag fest, ohne dass der Käufer wegen dieser Verschlechterung Herabsetzung des Kaufpreises verlangen dürfte, vielmehr ist in diesem Falle die Gefahr mit der Übergabe auf den Käufer übergegangen. Natürlich können die Parteien nach § 159 B. G. B., wie überhaupt die Vorschriften

über die Gefahrtragung nur dispositives Recht enthalten, einen früheren Zeitpunkt als Grenze der Gefahrtragung auch für den Fall des Unterganges der Sache bestimmen[1]).

Bei auflösend bedingtem Kauf soll nach einer Ansicht der Käufer die Gefahr tragen, wenn der Kaufgegenstand während der Schwebe der Bedingung untergeht; nach Untergang der Sache könne Erfüllung nicht mehr eintreten, da ein wesentliches Moment des Kaufes fehle[2]).

Andere[3]) lassen den Verkäufer die Gefahr tragen, wenn die Bedingung nach Untergang des Kaufgegenstandes eintritt, da nach § 158 Abs. 2 B. G. B. mit dem Eintritt der Bedingung die Wirkungen des Rechtsgeschäfts, also auch die Verpflichtung des Käufers zur Zahlung der Kaufsumme, aufhörten. Dieser letzteren Auffassung ist beizutreten. Für diese spricht einmal der Wortlaut des § 153 Abs. 2: „Mit dem Eintritt der auflösenden Be„dingung endigt die Wirkung des Rechtsgeschäfts; mit „diesem Zeitpunkte tritt der frühere Rechtszustand wieder „ein". Für die gemachten Leistungen entfällt also der Rechtsgrund; jede Partei kann ihre Leistung nach den Vorschriften über die Herausgabe einer ungerechtfertigten Bereicherung zurückverlangen. Nach der ersten Anschauung könnte wohl der Käufer, der den Kaufpreis noch nicht gezahlt hat, die Zahlung nach Eintritt der Bedingung verweigern, nicht aber den gezahlten Kaufpreis zurückverlangen. Zu Gunsten der hier vertretenen Ansicht spricht auch die Analogie mit dem häufig von einer Resolutivbedingung kaum zu unterscheidenden Rücktrittsrechte, bei dem der Berechtigte durch den zufälligen Untergang der ihm gemachten Leistung nicht an der Ausübung des Rechtes gehindert wird, vgl. § 350 B. G. B. Wenn also die Resolutivbedingung nach dem zufälligen Untergang des Kaufgegenstandes eintritt, kann der Käufer

---

[1]) Matthiass I 516, Crome II 419 f., Planck § 446 N. 2e, Dernburg Bd. 2 Abt. II S. 27, Kisch 66, Titze 258.

[2]) So Matthiass I 516, Crome II 420, Titze 259.

[3]) Planck § 446, 2c, Kisch 67.

die Zahlung des Kaufpreises verweigern und ihn, soweit er ihn bereits gezahlt hat, nach den Regeln über die Herausgabe einer ungerechtfertigtfertigten Bereicherung zurückverlangen[1]).

Beim Kauf auf Probe, der bedingt ist durch die subjektive Billigung des Käufers, sind die im vorgehenden dargestellten Bestimmungen anzuwenden, je nachdem aufschiebende oder auflösende Bedingung anzunehmen ist.

Der Verkäufer einer beweglichen Sache kann sich beim Verkaufe das Eigentum bis zur Zahlung des Kaufpreises vorbehalten haben. Im Zweifel ist nach § 455 B. G. B. anzunehmen, dass die Übertragung des Eigentums unter der aufschiebenden Bedingung vollständiger Zahlung des Kaufpreises erfolgt und dass der Verkäufer zum Rücktritt von dem Vertrage berechtigt ist.

Dernburg Bd. II Abt. II S. 17 will in diesem Falle bis zur Zahlung des Kaufpreises die Gefahr bei dem Verkäufer lassen, da ja die Übergabe noch keine endgültige sei, wie § 446 sie voraussetze, und dem Käufer noch keine volle rechtliche Verfügungsmacht gewähre. Er beruft sich dazu auf ein Urteil des Reichsgerichts in der Jur. Woch. 1899 S. 601 N. 55. Nach diesem Urteil ist der Käufer vom Abschluss des Kaufvertrags bis zur Zahlung des Kaufgeldes als blosser Verwahrer und Verwalter des Kaufgegenstandes zu betrachten. Das ist wohl richtig im Verhältnisse zu Dritten. Bei Verkäufer und Käufer besteht aber der Wille, dass der Käufer Eigentümer sein solle, allerdings erst von der vollständigen Zahlung des Kaufpreises ab. Nur die dringliche Wirkung ist von der Preiszahlung abhängig. Dass letztere nicht schon mit der Übergabe eintritt, liegt allein an dem nicht zahlenden Käufer, der deshalb auch nicht durch den Untergang der Sache befreit werden darf. Das wäre unbillig gegenüber dem Verkäufer, zu dessen Gunsten doch die Vorbehaltungsklausel wirken soll[2]).

[1]) Vgl. Maase Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung S. 40 ff.

[2]) Desgl. Kisch 67.

Ein Überblick über die bisherigen Ausführungen zeigt, dass der im § 323 enthaltene Grundsatz, wonach der Schuldner bis zur Erfüllung die Gefahr trägt, vom Bürgerlichen Gesetzbuch für den Kaufvertrag nicht durchgeführt ist.

Rein durchgeführt ist er für den Kauf von Rechten, mit Ausnahme solcher, die zum Besitze einer Sache berechtigen, für den Kauf von Rechten letzter Art und von Sachen, wenn die Übergabe der Sache mit der Übertragung des Rechtes oder des Eigentums zusammen fällt.

Ein früherer Zeitpunkt als der des Rechtsübergangs entscheidet über den Gefahrübergang beim Annahmeverzug des Käufers, bei der Übergabe eines noch nicht umgeschriebenen Grundstücks, beim Versendungskauf und beim Kauf mit Eigentumsvorbehalt. Finden sich somit beim Kaufvertrag eine Reihe von Ausnahmen von den Bestimmungen des § 323, soweit der Zeitpunkt des Gefahrübergangs in Frage steht, so kommen diese Bestimmungen im übrigen unverändert zur Anwendung. Durch die völlige Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers werden Verkäufer und Käufer von ihren Verpflichtungen frei. Ist ein stellvertretendes commodum vorhanden, so ist der Käufer berechtigt, dasselbe für sich zu verlangen, bleibt aber, wenn er von diesem Rechte Gebrauch macht, zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet, der sich jedoch nach §§ 472, 473 B. G. B. im Verhältnisse des Wertes der Kaufsache bei Abschluss des Vertrages zum Werte des commodum ipso jure mindert. Eine entsprechende Minderung des Kaufpreises tritt ein, wenn die Erfüllung der Verpflichtungen des Käufers nur teilweise unmöglich wird. Zu bemerken ist auch, dass der Käufer im Falle teilweiser Unmöglichkeit nicht vom Vertrage zurücktreten kann, wie es ihm mit dem Wandelungsanspruch eingeräumt ist für den Fall, dass die Kaufsache bei Gefahrübergang mit Qualitätsmängeln behaftet ist. Auch tritt die Minderung im Falle teilweiser Unmöglichkeit ipse iure ein, sie ist nicht in das Gewand eines Anspruchs gekleidet, wie der Minderungsanspruch im Falle eines nicht

behebbaren Qualitätsmangels; infolgedessen bedarf es keiner Erklärungen des Käufers und die Minderung nach § 323 Abs. 1 unterliegt nicht der Verjährung.

Auf die rechtliche Natur und die Geltendmachung der dem Käufer für den Fall der durch einen nach Vertragsschluss ohne Verschulden des Verkäufers eingetretenen Qualitätsmangel begründeten teilweisen Unmöglichkeit zustehenden Wandelungs- und Minderungsansprüche und die sich daran knüpfenden Streitfragen ist hier nicht einzugehen, da, wie oben festgestellt, der Verkäufer auch diese Unmöglichkeit zu vertreten hat. Statt aller vgl. Matthiass Deutsch. Jur. Ztg. 1902 S. 205 ff.

Auch bei der Beweisverteilung bewendet es im allgemeinen bei der Vorschrift der oben niedergelegten Regeln. Der auf den Kaufpreis belangte Käufer, der sich auf die zufällige Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers beruft, muss beweisen, dass dessen Leistung unmöglich geworden ist, worauf dann eventuell der Verkäufer nachzuweisen hat, dass die Unmöglichkeit vom Käufer zu vertreten sei. Macht der Käufer teilweise Unmöglichkeit der Leistung des Verkäufers geltend, so hat er auch das Verhältnis zu beweisen, in welchem sich der Kaufpreis gemindert hat. Der auf Leistung belangte Verkäufer muss nachweisen, dass seine Leistung unmöglich geworden ist, und dass er die Unmöglichkeit nicht zu vertreten hat. Verlangt der Käufer den gezahlten Kaufpreis als nicht geschuldet zurück, so trifft ihn die Beweislast für die Unmöglichkeit auf Seiten des Verkäufers. Macht der Käufer teilweise Unmöglichkeit in Folge eines Mangels im Recht geltend und bestreitet der Käufer diesen Mangel im Recht, so hat der Käufer nach § 442 B. G. B. diesen Mangel zu beweisen.

Litteratur.

Biermann. Zur Lehre von der Unmöglichkeit der Leistung. Benutzte Litteratur im Bürgerlichen Recht. Archiv für die civilistische Praxis Bd. 91 S. 73 ff.

Cosack. Lehrbuch des Deutschen Bürgerlichen Rechts auf der Grundlage des Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich I Bd. 2. und 3. Auflage.

Crome. System des Bürg. R. Bd. II.

Dernburg. Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reiches und Preussens. Zweiter Band, Abt. I und II, Halle 1899.

Endemann. Einführung in das Studium des Bürgerlichen Gesetzbuchs; Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts I. Bd. 5. und 8. Auflage.

Enneccerus-Lehmann. 2. Aufl. Bd. I.

Hartmann. Die Obligation, Untersuchungen über ihren Zweck und Bau. Erlangen 1875; derselbe, Jahrb. für Dogmatik Bd. 22 S. 417.

Heilfron. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Berlin 1899.

Kaempfe. Der Einfluss nachfolgender Unmöglichkeit der Leistung auf obligatorische Rechtsverhältnisse nach gem. R. und nach d. R. d. B. G. B. Freib. 1901.

Kisch. Die Wirkungen der nachträglich eintretenden Unmöglichkeit der Erfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900.

Der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen, Iherings Jahrbücher für die Dogmatik des Bürgerlichen Rechts. Jena 1902.

Kleineidam. Unmöglichkeit und Unvermögen nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch für das Deutsche Reich. Jena 1900. Derselbe: Iherings Jahrb. für Dogmatik Bd. 43 S. 105.

Krug. Das unverschuldete Unvermögen zu einer versprochenen Leistung. Inaugural-Dissertation Breslau 1901.

Löwy. Die Unmöglichkeit der Leistung bei Schuldverhältnissen. Berlin 1888.

Matthiass. Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts 3 Aufl. Berlin 1900.

Meissner. Recht der Schuldverhältnisse Commentar zum zweiten Buch des Bürgerlichen Gesetzbuchs. Breslau 1898.

Mommsen. Die Unmöglichkeit der Leistung in ihrem Einfluss auf obligatorische Rechtsverhältnisse. Braunschweig 1853.

Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich, Band II 2. Auflage. Berlin 1896.

Planck. Bürgerliches Gesetzbuch nebst Einführungsgesetz (Kommentar) Berlin 1898, 1. und 2. Band.

Protokolle der Kommission für die zweite Lesung des Entwurfs des Bürgerlichen Gesetzbuchs, Berlin 1897.

Regelsberger. Zur Lehre von der Einrede des nicht erfüllten Vertrags und von dem Einfluss der teilweisen Unmöglichkeit der Erfüllung auf das Rechtsverhältnis, Jena 1899.

Rümelin. Der Zufall im Recht. Akademische Antrittsrede Freiburg und Leipzig 1896.

Schollmeyer. Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse.

Stammler. Das Recht der Schuldverhältnisse in seinen allgemeinen Lehren. Berlin 1899.

Schoeller. Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei gegenseitigen Verträgen nach dem B. G. B. I. in Grachot's Beiträgen zur Erläuterung des Deutschen Rechts 44. Jahrgang S. 602 ff. II daselbst 45. Jahrgang S. 511 ff.

Die Folgen schuldhafter Nichterfüllung, insbesondere der Schadenersatz wegen Nichterfüllung bei Kauf, Vertrag, Miete und Dienstvertrag nach dem B. G. B. Grachert's Beiträge 46 Jahrg. S. 1 ff.

Titze. Die Unmöglichkeit der Leistung nach Deutschem Bürgerlichem Recht. Leipzig 1900.

Zitelmann. Das Recht des Bürgerlichen Gesetzbuchs I. Allgemeiner Teil. Leipzig 1900.

Goldmann-Lilienthal. Das Bürgerliche Gesetzbuch, systematisch dargestellt. 2. Auflage. Berlin 1901.

Maase. Gefahrtragung beim Kauf für die Zeit des Schwebens einer Bedingung, Inaugural-Dissertation. Rostock 1901.

Wendt. Arch. für civ. Prax. Bd. 92 S. 53.